172

Verſuche

über

einzelne Theile

der

Theorie des Rechts

von

Anton Friedrich Juſtus Thibaut,

Hofrath und Profeſſor des Rechts in Heidelberg, Correſpondenten der Kaiſerlichen Geſetzcommiſſion in Petersburg.

Zweyte verbeſſerte Ausgabe.

Erſter Band.

Jena,

gedruckt und verlegt bey J. M. Mauke und Sohn.

1817.

57 B

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede der erſten Ausgabe.

Die nachſtehenden Abhandlungen werden jetzt zum erſtenmal von mir herausgegeben, mit Ausnahme der ſechsten, welche ſchon vor etwa zwey Jahren gedruckt iſt, aber damals, als Programm, nur in die Hände weniger Leſer kam. Sie erſcheint jetzt mit verſchiedenen Abänderungen und Zuſätzen.

Da ich mir, wie der Augenſchein ergiebt, nicht zum Zweck vorgeſetzt habe, bekannte Wahrheiten zu ſammeln, zu ordnen und zuſammenzuſtellen: ſo wird man meine Schrift, wie ich hoffe, nicht nach dem Ideal beurtheilen, wonach ein großer Theil der neueren juriſtiſchen Werke gerichtet werden muß. Meiner Abſicht gemäß ſuchte ich mich allein auf die Entwicklung eigner Ideen zu beſchränken. Aus eben dieſem Grunde mußte ich mich denn auch der herkömmlichen weitläuftigen Diſſertations-Einleitungen, ſogenannten Eleganzen, florum sparsionum und dergleichen möglichſt enthalten. Die Zahl derer, denen man

durch dieſe Behandlungsart Verdruß macht, iſt ſo groß, daß die übrigen, welche Vergnügen daran finden, kaum in Betracht kommen können. Auf allen Fall verliert die Wiſſenſchaft bey dieſer Oeconomie nicht das Geringſte.

Sollte übrigens das Publicum dieſe Verſuche ſo aufnehmen, wie ich es wünſche: ſo werde ich aus den Materialien, welche mir noch vorräthig ſind, vielleicht bald einen zweyten Band ausarbeiten.

Kiel im März 1798.

A. T.

Vorrede der zweyten Ausgabe.

Da man ſich in andern Schriften oft auf dieſe Verſuche bezogen hat, und da das gänzliche Umarbeiten freyer Abhandlungen kaum möglich iſt: ſo habe ich in dieſe zweyte Ausgabe im Weſentlichen den Inhalt der erſten aufgenommen, jedoch überall mit berichtigenden, oder ergänzenden Nachträgen. Damit das Alte ſich von dem Neuen unterſcheiden laſſe, habe ich den größeren Nachträgen die Ueberſchrift: Zuſatz, gegeben, und die kleineren in Noten gebracht, welche durch einen Buchſtaben bezeichnet, oder in [ ] eingeſchloſſen ſind. Doch ließ ſich dieß freilich nicht auf Kleinigkeiten ausdehnen. Ich muß

übrigens die Leſer recht ſehr bitten, nicht zu vergeſſen, daß dieſe Verſuche meine erſten Probeſtücke waren, und daß damals die Zeit manches Wort nothwendig machte, welches jetzt nicht weiter geſagt zu werden brauchte.

Heidelberg im May 1816.

A. T.

Inhaltsanzeige.

1. Ueber Real = Servituten, welche bloß zum Vergnügen abzwecken und einige damit verwandte Lehren gegen Noodt. . . . Seite 1

2. Ueber den Grundſatz des Römiſchen Rechts: servitus in faciendo consistere nequit. . . 26

3. Verſuch einer neuen Theorie über die eigentliche Beſchaffenheit der Dienſtbarkeit des Uſus nach Römiſchem Recht. 33

4. Etwas über die captatoriſchen Vermächtniſſe. . 59

5. Ueber unnöthige Unterſcheidungen und Eintheilungen. 71

6. Erklärung der L. 22. §. ult. und der L. 23. D. de pignorat. Act. 77

7. Beweis, daß die responsa prudentum weder zu dem geſchriebenen noch dem ungeſchriebenen Recht gehören. 111

8. Beytrag zur Erläuterung der L. 6. §. 5. P. mandati vel contra. 116

9. Ueber den Einfluß der Philoſophie auf die Auslegung der poſitiven Geſetze. . . . 124

10. Ueber die zurückwirkende Fiction bey der legitimatio per subsequens matrimonium. . . 176

11. Ueber den eigentlichen Unterſchied zwiſchen titulus und modus acquirendi. . . Seite 184

12. Verſuch eines neuen Beweiſes, daß Geſchwiſter von einander die Alimente erzwingen können, nebſt einem Anhange über die Eintheilung der Verbindlichkeiten in mittelbare und unmittelbare. . . 191

13. Gehen die Erben des während der Deliberationszeit verſtorbenen Erblaſſers dem Subſtituten vor, oder nicht? Gegen Crell. . . . 209

14. Ueber und wider die gewöhnlichen Begriffe in Anſehung der verſchiedenen Ausgaben der Pandekten und Novellen. 225

15. Einige Erinnerungen gegen Höpfners Commentar über die Inſtitutionen, die Regeln der Interpretation betreffend. 271

16. Iſt die Critik dem Practiker brauchbar? . 285

Erſte Abhandlung.

Ueber Real-Servituten, welche zum Vergnügen abzwecken, und einige damit verwandte Lehren; gegen Noodt.

Nicht leicht hat eine Hypotheſe allgemeineren Eingang unter den neueren Rechtsgelehrten erhalten, als die, welche Noodt über den eben genannten Gegenſtand aufſtellte. Seiner Meynung zufolge [1], muß das alte von dem neuen Recht unterſchieden werden. Nach jenem war die servitus amoenitatis caussa constituta unzuläſſig; nach dieſem — der prätoriſchen Billigkeit — ſetzte man ſich über die Strenge der älteren Grundſätze hinweg, und ſchützte jeden, deſſen Sache eine ſolche Dienſtbarkeit eingeräumt war.

Der Verſuch, widerſtreitende Stellen der Pandekten durch Unterſcheidung der ehemaligen Strenge des Rechts von der neueren Billigkeit mit einander zu vereinigen,

1) *G. Noodt* probabil. L. I. c. 2. 3.

iſt unter allen der bequemſte, und eben deßwegen ſchon ſo oft gemacht worden, daß man ſich beynah wundern möchte, warum nicht ſchon lange vor Noodt ein andrer dieſen bekannten Ausweg einſchlug. Indeß, wenige beſaßen, was Noodt in ſo reichem Maße zugetheilt war, — eine gewiſſe, ſich über alles hinwegſetzende Kühnheit im Emendiren und Subintelligiren. Vielleicht haben wir dieſer Anlage allein die erwähnte Hypotheſe zu verdanken, die freilich, nachdem ſie einmal erfunden war, ohne Schwierigkeit auch unter den minder kühnen Köpfen Eingang erhalten konnte, da das Anſehn eines großen Vorgängers, und die zahlloſe Menge juriſtiſcher Controverſen Gründe genug enthielten, von der ſtrengen Prüfung einer billigen, und in ſich vernünftigen Erklärung abzuſtehen. Inzwiſchen iſt eine ſolche Erklärung nicht immer die wahre, ein Vorwurf, welcher mir vorzüglich die Noodtiſche Hypotheſe zu treffen ſcheint, ſo ſehr ſie auch von unſern heutigen Rechtsgelehrten vertheidigt und geprieſen wird.

Um zu beweiſen, daß das ſtrenge Recht keine der bloßen Annehmlichkeit wegen errichtete Servit als ſolche anerkannte, beruft man ſich allgemein mit Noodt auf folgende Stelle aus

Paulus lib. 15. ad Plautium [2]).

„Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut coenare „in alieno possimus, servitus imponi non potest.“

---

2) L. 8. pr. de servitut.

Freilich findet ſich in dieſem Fragment auch nicht die geringſte Spur einer Andeutung auf das ſtrenge Recht; allein es muß, wie man meynt, davon verſtanden werden, weil andere Juriſten ganz deutlich den milderen Gerichtsgebrauch bezeugten.

Ulpianus L. 70. ad Edictum [3]).

„Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quae ad usum quoque et commodum noſtrum? Et hoc iure utimur, ut haec quoque contineatur.“

Pomponius Lib. 34. ad Sabinum [4]).

„Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, ſed pecoris cauſſa, vel amoenitatis aqua duci poſſit.“

Die Worte: hoc iure utimur, deren ſich die römiſchen Juriſten gewöhnlich bedienen, um den herrſchenden, oft die Strenge des Civil-Rechts beſchränkenden Gerichtsgebrauch anzudeuten, ſind beynah die alleinige Stütze der Noodtiſchen Erklärung; da es indeß ausdrücklich heißt: hoc iure utimur, ut amoenitatis cauſſa aqua duci poſſit: ſo ſcheint die verſuchte Vereinigung des erſten Fragments mit dem letzten keinem erheblichen Zweifel unterworfen zu ſeyn.

Bleibt man bey einzelnen herausgeriſſenen Worten ſtehen, ſo laſſen ſich freilich die Reſultate nach Willkühr

3) L. 1. §. 11. de aqua quotidian. et aeſtiv.

4) L. 3. pr. eod.

vorbereiten; allein man leſe nur die zuletzt angezogenen Fragmente in ihrem ganzen Zuſammenhange, um ſich zu überzeugen, daß nichts von dem, was man zu ſehen glaubt, in ihnen enthalten iſt. Ulpian ſpricht keinesweges davon, daß servitutes amoenitatis causſa constitutae durch den milderen Gerichtsgebrauch geſchützt würden; ſondern die Streitfrage war: Kann das Interdict auch wegen ſolcher Servituten zugelaſſen werden, welche nicht bloß zum Vortheil der Sache, ſondern auch zum Nutzen oder zur Bequemlichkeit einer Perſon gereichen? Ulpian bejahet das letzte vermöge des Gerichtsgebrauchs. Der Gerichtsgebrauch ſchützt alſo Servituten, quae ad usum nostrum pertinent. Nun aber iſt es anerkannt, daß der Ausdruck usus ſich oft, und manchmal ganz allein, auf dringende Bedürfniſſe, nicht aber auf entbehrliche Annehmlichkeiten bezieht; mithin möchte hier wohl der bekannte Spruch: qui plus probat etc., mit vollem Recht gegen Noodt und ſeine Nachfolger angewandt werden können.

Pomponius ſagt gleichfalls nicht, was er ſagen ſoll, ſondern vielmehr in gewiſſem Betracht das Gegentheil, nämlich, daß man ſich des Interdicts nicht bloß bedienen könne, wenn die Servitut zum Vortheil des Guts ausgeübt werde, ſondern, vermöge des Gerichtsgebrauchs, auch alsdann, wenn ſie zum Nutzen eines Thiers oder zur Annehmlichkeit gereiche. Es iſt mithin ein gleicher Fall, wie der vorige. Will man beide Fragmente mit Noodt erklären: ſo folgt unmittelbar,

daß auch die Servituten, welche im ſtrengſten Verſtande nützlich ſind, wenigſtens viele von ihnen, erſt den billigen Grundſätzen neuerer Zeiten ihr Daſeyn verdanken.

Was Ulpian und Pomponius eigentlich gewollt haben, und warum ſie einen theoretiſchen Zweifel aus dem Gerichtsgebrauch entſchieden, ſcheint mir ziemlich klar am Tage zu liegen. Eine Real-Servitut iſt, wenn man ſtreng bey dem Worte ſtehen bleibt: ubi praedium servit praedio. Streng genommen müßte alſo auch immer eine Real-Servitut, um als ſolche zu gelten, zum Nutzen des herrſchenden Guts ausgeübt werden. Allein der Gerichtsgebrauch klebt nicht an dem Worte, ſondern verſteht unter Real-Servituten überhaupt ſolche, die jedem Beſitzer der Sache zuſtehen (quae praediis inhaerent), etwa eben ſo, wie in den Gerichten, gegen den ſtrengen Wortverſtand, auch der für einen Dieb gehalten wird, welcher freilich nicht allein, aber mit ſechs andern einen Balken von dannen getragen hat [5]. Da nun alſo Real-Servituten auch dann für ſolche gelten, wenn ſie nicht zum Nutzen des herrſchenden Guts (ad irrigandum), ſondern zum Vortheil des Eigenthümers oder deſſen ſonſtigen Sachen abzwecken, und das interdict. de aqua quotid. et aestiva überhaupt dem Inhaber einer Real-Servitut zuſteht: ſo muß, wie Ulpian hinzuſetzt [6], auch denen, welche eine bloße

5) L. 51. §. 2. ad L. Aquil.

6) L. 1. §. 12. de aqua quotid. et aestiv.

Perſonal-Servitut haben, das Interdict analogiſch zugeſtanden werden. Aus dieſem Geſichtspunct betrachtet, ſcheint mir in beiden Fragmenten auch nicht die geringſte Dunkelheit nachzubleiben.

Daß eine Real-Servitut der bloßen Annehmlichkeit wegen errichtet werden könne, ſagt Pomponius ausdrücklich. Schwerlich möchte dieſer Satz auch im Ernſt bezweifelt werden können, da bekanntlich die römiſchen Juriſten über die Rechtmäßigkeit der servitus ne prospectui officiatur vollkommen einverſtanden ſind [7]. In ſo fern können alſo auch die Reſultate, welche Noodt aufſtellt, in keinem Betracht angefochten werden, aber wohl die Gründe, worauf dieſe Reſultate beruhen. Daß aber die beiden von mir erklärten Fragmente die Noodtiſche Unterſcheidung nicht unterſtützen, iſt erwieſen; mithin bleibt noch immer die Frage zu beantworten: wie ſoll Paulus in L. 8. de servitutt. verſtanden und erklärt werden?

Um ſeine Behauptung recht gründlich durchzuführen, geht Noodt, nach den bisher erwähnten Erörterungen, zur Beleuchtung eines andern, in dieſe Materie eingreifenden Rechtsſatzes über, der bekannten Regel: servitus ultra praedii necessitatem extendi nequit. Nur das ſtrenge Recht, behauptet er, habe dieſe Regel aufge-

7) L. 3. L. 15. L. 16. de S. P. U. Ein anderes Beyſpiel einer ähnlichen Servitut kommt in L. 8. §. 1. si serv. vindicetur vor, nämlich: ut porticum ambulatorium facere liceat.

ſtellt, von welcher aber der billige Gerichtsgebrauch in der Folge abgewichen ſey. Da nun necessitas nur die eigentlichen nothwendigen Bedürfniſſe begreife, und das Angenehme nicht für necesse gehalten werden könne; ſo ſey der beſondere Satz noch vorzüglich durch den allgemeinen erwieſen.

Ich habe zweyerley gegen dieſe Behauptungen zu erinnern:

1. Der Ausdruck necessitas, wenn ſich auch die Geſetze deſſelben bey dieſer Gelegenheit bedienten, heißt doch in dieſer Materie keineswegs ſoviel als: nothwendiges Bedürfniß, ſo wenig, als das Wort usus ſich überall auf die eigentliche Nothdurft bezieht [8]), wiewohl es auch dieſe ſtets mit befaßt. Ulpian ſtellt in L. 5. in f. de S. P. R. den Satz auf: non ultra posse constitui, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Dieſer Satz wird von Paulus in der darauf folgenden L. 6. durch Beyſpiele erläutert, welche deutlich zeigen, daß jene Regel, wie Paulus ſelbſt andeutet, nichts weiter ſagen will, als: servitutes, quae praedio inhaerent, praediorum meliorem caussam facere debent [9]), oder

8) S. unten die dritte Abhandlung.

9) Veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur; sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur; aut dolia fiant, vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si ut vasa venirent, figulinae exercerentur: ususfructus erit. §. 1. Item

mit andern Worten: eine Servitut kann nur dann als Real-Servitut conſtituirt werden, wenn ſie im Ganzen jedem Beſitzer von Werth (nützlich oder angenehm) iſt, wenn die Perſon nicht beſondere Eigenſchaften haben, z. B. Töpfer oder Schmidt ſeyn muß, um von der Dienſtbarkeit Gebrauch machen zu können. Soll alſo die Regel vom ſtrengen Recht verſtanden werden, ſo iſt wiederum zuviel bewieſen, und dadurch grade das, was Noodt nicht wollte, nämlich daß auch das ſtrenge Recht die Real-Servituten nicht allein auf das Nothwendige und Nützliche beſchränkt. Das opus est heißt hier eben ſo viel, als wenn Pomponius [10]) zum Weſen einer Real-Servitut erfordert, daß ſie für jeden Beſitzer der Sache ein Intereſſe haben müſſe.

2. Verſteht man den Ausdruck necessitas in dem eben entwickelten Sinn: ſo behaupte ich ferner, daß auch nach dem neueſten Recht keine Servitut als Real-Servitut ultra praedii necessitatem geduldet werde. Noodt iſt der gegentheiligen Meynung, und räumt dem

---

longe recedit ab usufructu ius calcis coquendae, et lapidis eximendi, et arenae fodiendae, aedificandi eius gratia, quod in fundo est; item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. *Quid ergo, si praediorum meliorem caussam haec faciant?* Non est dubitandum, quin servitus sit.

10) L. 15. de servitutt. Quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, *quia* nihil vicinorum *interest*, non valet.

Beſitzer des herrſchenden Guts das Recht ein, die Aus-übung der Real-Servitut weiter, als jedem Beſitzer daran gelegen ſeyn kann, auszuüben, und zwar a) wenn dem Herrn des dienſtbaren Guts kein Nachtheil daraus erwächſt, und b) wenn es durch ausdrückliche Verab-redungen iſt bedungen worden. Beide Sätze glaube ich aus guten Gründen beſtreiten zu können.

Was den erſten betrifft, ſo kommt dabey alles auf die Auslegung folgender beiden Fragmente an.

Pomponius Lib. 33. ad Sabinum [11]).

„Ex meo aquaeductu Labeo scribit cuilibet posse me „vicino commodare; Proculus contra, ut ne in meam „partem fundi, quam ad quam servitus acquisita sit, „uti ea possit. Proculi sententia verior est.“

Ulpianus Lib. 70 ad Edict. [12]).

„Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem „loci aqua ducitur, eiusdem numero esse. Ergo et si „forte actor confinem agrum emerit, et ex agro, in „quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi emti „nomine velit aquam ducere; ita demum eum recte „hoc interdicto, ut de itinere actuque, uti putant, ut, „semel in suum ingressus, inde egredi, qua velit, „possit, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.“

Offenbar werden in beiden Stellen die Grundſätze des Labeo vorgetragen, welcher auch hier den Grund-

---

11) L. 24. de S. P. R.

12) L. 1. §. 16. de aqua quotid. et aestiv.

ſatz: quod tibi non nocet etc. zur Anwendung bringen wollte. Pomponius giebt dawider beſtimmt ſein Mißfallen zu erkennen; Ulpian hingegen iſt bloßer Referent.

Allein welche Meynung gilt denn nun? Hätten wir bloß die L. 24. ſo würden Pomponius und Proculus entſcheiden; da aber Ulpian die Entſcheidung des Labeo durch Stillſchweigen gewiſſermaßen zu der ſeinigen macht: ſo ſcheint eine künſtliche Vereinigung nothwendig zu ſeyn.

Noodt zieht ſich, weil er einmal durchaus der Billigkeit das Wort reden will, durch einen Schwerdtſtreich aus der Sache. Die Schlußworte: Proculi sententia verior videtur, heißen ihm nicht ſo viel, als: Proculus hat Recht, und Labeo Unrecht, ſondern: ſtreng genommen hat Labeo freilich Unrecht. Ulpian trage daher auch deſſen Meynung als die billige vor, mithin helfe auch hier wieder die beliebte Unterſcheidung vortrefflich aus.

Es iſt wohl nichts der Rechtswiſſenſchaft verderblicher, als daß man, weil Juſtinian es anräth, die ſcheinbaren Widerſprüche subtili animo auszugleichen, alles mit einander vereinigen, durch Emendiren, Subintelligiren, und der Himmel weiß welche Nothſtützen, überall Eintracht und Harmonie nicht entdecken, ſondern ſchaffen will, ohne zu bedenken, daß grade Juſtinians Sammlungen dieſen Zwang am wenigſten ertragen können. — Denn wem iſt es unbekannt, daß nicht alles,

was in den Inſtitutionen, den Pandekten und dem Codex ſteht, geltendes Recht ſeyn ſoll; daß eine große Menge von Materialien bloß der Geſchichte wegen aufgenommen iſt? Dieß iſt nicht bloß bey den Paragraphen und Fragmenten eines einzelnen Titels für ſich genommen der Fall, ſondern auch Titel mit Titel, Buch mit Buch verglichen. Man leſe nur z. B. den Titel in den Pandekten de novatt. et delegatt. Ueberall die alten Grundſätze vom animo novandi, faſt keine Spur von den neueren Beſtimmungen Juſtinians, deren in J. ult. J. quib. mod. toll. obl. ausdrücklich Erwähnung geſchieht. So heißt es ferner in den Inſtitutionen [13]: nobis videtur, melius esse, tabulam picturae cedere. In den Pandekten hingegen, und zwar nicht in demſelben Titel, entſcheidet Paulus grade umgekehrt: sed et id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit, licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturae. Sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest [14]. Beyſpiele dieſer Art ließen ſich noch in großer Menge anführen, wenn es nöthig wäre. Eben dieſer Umſtand nun ſcheint mir für die Sammlungen Juſtinians eine der wichtigſten hermeneutiſchen Regeln zu begründen, nämlich die: daß man bey der Vereinigung widerſtreitender Fragmente doppelt vor-

13) §. 33. J. de rer. divis.

14) L. 23. §. 1. de R. V.

ſichtig ſeyn muß, ſobald es wahrſcheinlich iſt, daß eins derſelben der Geſchichte wegen aufgenommen wurde, und daß in ſolchen Fällen lieber ein offenbarer Widerſpruch vorauszuſetzen, und die neueſte, von Juſtinian gebilligte Meynung anzunehmen, als eine nur irgend gezwungene Vereinigung zu verſuchen iſt. Befolgt man dieſen Grundſatz nicht, ſo iſt und bleibt es unmöglich, eine Menge von Widerſprüchen zu heben [15]). Wir werden, wie bisher,

15) Ein Beyſpiel. Es iſt, wie jeder weiß, bis auf den heutigen Tag unter den Rechtsgelehrten die größte Uneinigkeit darüber geweſen, ob und wann dem Erben oder dem Legatar im Zweifel die Wahl zuſtehe. In einigen Geſetzen wird dem Erben L. 32. §. 1. L. 71. pr. L. 84. §. 3. de legat. I. L. 40. de tritic. vin. ol. in andern dem Legatar L. 20. L. 108. 1. 2. de legat. I. L. 2. §. 1. de opt. vel elect. legat. L. 11. 12. de ademend. legat. das Recht der Wahl eingeräumt. Gewöhnlich ſucht man durch mannigfaltige Unterſcheidungen (bey denen das Subintelligiren wieder ſeine Stelle vertreten muß) die Sache auszugleichen. Allein höchſt wahrſcheinlich rühren dieſe abweichenden Entſcheidungen von der aufgehobenen Eintheilung der Legate in ſolche, quae per vindicationem, damnationem u. ſ. w. her. Arg. L. 19. de leg. II. Ulp. Fragm. T. 24. §. 14. Da nun nach dem neueſten Recht alle Legate angeſehen werden, als wären ſie per vindicationem hinterlaſſen: ſo behaupten *Averanius* interpret. L. 4. c. 13. n. 9. und *Glück* Opusc. Fasc. 1. p. 233. mit Recht, daß jetzt dem Legatar im Zweifel immer die Wahl zuſteht, arg. §. 22. J. de legat. L. 108. §. 2. de

durch Zerſchneiden, Wegwerfen und Fingiren eine gezwungene Harmonie erkünſteln, und es uns auf immer unmöglich machen, ein conſequentes Syſtem gewiſſer hermeneutiſcher Grundſätze aufzuſtellen.

---

legat. I. iunct. §. 2. J. l. c. L. 3. §. 1. C. comm. de legat. — Indeß bemerke ich hier, daß die angegebene Regel da wegfallen muß, wo eine eigentliche Vereinigung natürlich iſt; daß man ſich hüten muß, ohne Noth zu einer geſchichtlichen Entſcheidung ſeine Zuflucht zu nehmen. So heißt es z. B. in §. 4. J. de usu: sed si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius. In der L. 12. §. 2. de usu hingegen wird hinzugeſetzt: hoc amplius etiam modico lacte usurum puto, neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum. Hier iſt eine Vereinigung möglich, und wenn einige dem Uſuar das Bißchen Milch überhaupt nicht zugeſtehen wollen: ſo geſchieht es ohne Grund. Juſtinian giebt die Regel an, der Juriſt in den Pandekten erörtert weiter, wie und wann man eine Ausnahme zulaſſen kann. Noch ein anderes bekanntes Beyſpiel. In §. 1. J. de societate heißt es: quod si expressae fuerint partes, hae servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia. In L. 29. pr. D. eod. ſagt Ulpian daſſelbe: placet valere: doch ſetzt er als Einſchränkung hinzu: si modo aliquis plus contulerit societati vel pecuniae, vel operae, vel cuiuscunque alterius rei. Augenſcheinlich ſtellt Juſtinian die Regel auf, an welche der Richter in dem iudicio divisorio unmittelbar gebunden iſt. Ulpian zeigt die Einſchränkungen derſelben. Das alles konnte den tironibus Justinianeis nicht wohl detaillirt in den Inſtitutionen auseinander geſetzt wer=

Ich glaube die eben erwähnte Regel mit vollem Recht auf den vorliegenden Fall anwenden zu können. In beiden Fragmenten wird die Meynung des älteren Juriſten hiſtoriſch angeführt. Ulpian mißbilligt ſie nicht, tritt ihr aber auch keinesweges bey. Pomponius widerlegt ſie ausdrücklich. Hier haben wir alſo eine klare Entſcheidung, welche Juſtinian zu der ſeinigen machte. Daß Ulpian noch einmal erzählt, was Labeo dachte, mag Tribonian verantworten, dem ja überhaupt nicht viel daran lag, ob ein Wort zu wenig oder zu viel geſagt, derſelbe Satz von zehn Juriſten hintereinander wiederholt und abermals wiederholt wurde. — Ließe ſich eine andre natürliche Vereinigung ausfinden, *a*) — wer würde ſich nicht gern dazu bekennen? Aber man berufe ſich nur nicht auf Noodts geſuchte Fictionen. Denn daß Pom-

---

den. Ich kann daher auch *Vinnius* in den quaest. sel. L. 1. c. 53. und *Voet* ad Tit. pro soc. n. 8. auf keine Weiſe beyſtimmen, wenn ſie behaupten, die L. 29. pr. in f. ſey durch §. 1. J. citat. aufgehoben, und ſtehe bloß der Geſchichte wegen in den Pandekten. Der folgende §. 2. J. de societ. würde dieß ſchon allein widerlegen können.

a) Meiner Erklärung, welche nicht neu iſt, trat neuerlich auch bey Glück Erläut. d. Pand. 10. B. §. 664. — Die einzige andre, noch einigermaßen natürliche Erklärung, welche ich kenne, iſt die von *Voet* Tit. comm. praed. §. 13. Er will nämlich das Fragment von Pomponius auf das Petitorium, das von Ulpianus aber auf das Interdict beziehen. Allein zu dem letzten paſſen durchaus nicht die Worte: nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.

ponius durch ſein: quae sententia verior est, nur ſo in gewiſſem Betracht zu Proculus übergetreten ſeyn ſoll, halte ich für eine von den großen Willkührlichkeiten, durch welche Noodt ſo oft ſeine Meynungen geltend zu machen ſuchte [16].

---

16) Arg. L. 5. pr. de A. R. D. „Plerique non aliter putant, eam (sc. feram) nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus. *Quae sententia verior est.*“ — Die Beyſpiele, deren ſich *Noodt* de forma emend. dol. mal. cap. 2. in f. bedient, um ſeine Behauptung zu unterſtützen, beweiſen nichts für, aber wohl wider ihn, z. B. L. 1. §. 2. de dolo malo. Um übrigens den von mir vorgeſchlagenen Ausweg gegen alle Einwendungen zu ſichern, mag hier in der Note noch ein Beyſpiel ſtehen. In L. 5. §. 3. de R. V. ſagt Ulpian: de arbore, quae in alienum agrum translata coaluit, et radices inmisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant. Nam si nondum coaluit, mea esse non desinet. Hier iſt keine Billigung und keine Mißbilligung; denn der letzte Zuſatz will nichts weiter ſagen, als: vor der Coalition verſteht es ſich von ſelbſt, daß über die Zuſtändigkeit der Klage gar kein Zweifel ſeyn kann. In L. 9. §. 2. de damno infect. ſagt eben dieſer Ulpian: nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum coaluit. Beide Stellen ſind aus demſelben Werke ad Edictum genommen. Da nun bekannt iſt, daß die römiſchen Juriſten viele Meynungen andrer, ohne dieſe grade zu billigen, in ihren Werken hiſtoriſch aufführten *): ſo iſt wohl nichts klarer, als daß man mit

---

*) Viel Gutes hierüber, und über den Einfluß dieſes Umſtandes auf die Auslegung des römiſchen Rechts findet man bey *F. Rapolla* de iureconsulto, sive de ratione discendi interpretandique iuris civilis libri II. Neap.

Auch die zweyte der angeführten Behauptungen halte ich für unrichtig, weil es mir in größter Deutlichkeit aus den Geſetzen hervorzugehen ſcheint, daß ſelbſt das neuere Recht keine Real-Servitut als ſolche anerkennt, ſo bald ſie ſich ultra predii necessitatem — in meinem Sinn genommen — erſtreckt. Ulpian ſagt ausdrücklich: ut calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus est [17]. Geſchieht es dennoch,

---

Donell *) der Stelle, in welcher Ulpian ſeine eigne Meynung vorträgt, den Vorzug geben muß. Noodt hat ſich ſelbſt zu ſehr für die Mißlichkeit des argumenti a contrario erklärt **), als daß ihm eine ſolche natürliche und vernünftige Ausgleichung verwerflich ſeyn ſollte.

17) L. 5. §. 1. in f. de S. P. R.

1726. Lib. 2. p. 110. sqq. Eine Schrift, welche wohl verdiente, bekannter und mehr geleſen zu ſeyn. Wahrſcheinlich wird die Ueberſetzung des Herrn Grieſinger (Stuttgard 1792. 8.), wo die angezogene Stelle §. 47. fgg. ſteht, vieles hiezu beytragen. Der Verfaſſer, welcher ſeine Ueberſetzung nach der zweyten Ausgabe machte, ſagt, er kenne die erſte nicht, habe auch von derſelben nirgend Nachricht gefunden. — Auf der Kieler Univerſitäts-Bibliothek befindet ſich dieſe erſte Ausgabe. Der ganze Titel iſt: De JCto, sive etc. Libri II. Auctore F. Rapolla, in academia Neapolitana antecessore, ad eminentissimum Dominum Michaelem Fridericum de Althann. S. R. E. Cardinalem, Regni Neapolitani Poregem etc. Neap. 1726. Excudebat Felix Musca. Superiorum permissu. 241 S. 8. — So weit ich die erſte Ausgabe mit der Ueberſetzung der zweyten verglichen habe, iſt die letzte unverändert.

*) Commentar. de iur. Civ. Lib. I. C. 16.

**) In Iulio Paulo. cap. VII.

ſetzt Paulus in dem folgenden Fragment [18]) hinzu, ſo wird die Servitut als eine bloße Perſonal-Servitut angeſehen. Was Africanus an einem andern Orte [19]) ſagt, iſt dieſen Grundſätzen auf keine Weiſe zuwider: per plurium praedia aquam ducis quoquo modo impoſita ſervitute. Niſi pactum vel ſtipulatio etiam de hoc ſubſequuta eſt, neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris hauſtum ex rivo cedere. Pacto enim vel ſtipulatione intervenientibus et hoc concedi ſolet; quamvis nullum praedium ipſum ſibi ſervire, neque ſervitutis fructus conſtitui poteſt. Africanus iſt hier freilich der Meynung, daß ein ſolcher Vertrag geſchützt werden müſſe, aber wie? ob für die Paciſcenten und deren Erben, oder auch jeden ſucceſſor ſingularis? darüber iſt nichts entſchieden. Da nun gleichzeitige Beſtimmungen, wenn ſie ſich nicht widerſtreiten, ſorgfältig in einander gepaßt, wechſelſeitig durch ſich erklärt und ergänzt werden müſſen: ſo muß Paulus hier den Satz des Africanus weiter ausführen, nicht aber die unbeſtimmte Entſcheidung des letzten die klaren Worte des erſten aufheben.

Es iſt auch, politiſch und rechtlich betrachtet, nichts unvernünftiges oder unbilliges in dieſen Grundſätzen,

---

18) S. oben Not. 10.

19) L. 33. §. 1. de S. P. R. Gleichdenkend in den obigen Grundſätzen iſt jetzt auch Glück Erl. d. Pand. 10. B. §. 664.

nichts, was uns geneigt machen könnte, die Noodtiſche Behauptung in die Geſetze hinein, oder aus ihnen heraus zu interpretiren. Der Geſetzgeber, durch das Studium der Erfahrung belehrt, ſoll der Unbedachtſamkeit des Bürgers Schranken ſetzen, verhindern, daß unſre Nachkommen nicht auf ewige Zeiten durch unſre Einſeitigkeit beſchränkt und betrogen werden. — Aus dieſem Geſichtspunct werden z. B. die Vererbungen der Fideicommiſſe auf gewiſſe Grade eingeſchränkt, und aus gleichen Gründen ſind bey der Errichtung einer Real-Servitut die angegebenen Schranken nothwendig. Geſetzt A iſt Fabricant, und bedingt ſich nicht allein für ſich, ſondern für alle folgenden Beſitzer ſeines Guts das Recht, gewiſſe Materialien, Erde, Marmor, Holz u. ſ. w. von ſeines Nachbars Ländereyen nehmen zu dürfen. Jetzt ſtirbt er, und ein Edelmann, der weder Künſtler noch Kaufmann iſt, und ſeyn kann, erhält das Gut. Für dieſen iſt die Dienſtbarkeit nutzlos. Er trägt daher bey ſeinem Nachbar darauf an, die Dienſtbarkeit unter billigen Bedingungen aufzuheben. Iſt der letzte ſchlau, ſo wird er ſich auf nichts einlaſſen, weil man nicht durch Geld zu verhindern braucht, was ohnehin unterbleiben würde. Es geſchehen hier alſo unter dem Schutz des Vertrages eines kurzſichtigen Menſchen offenbare Unbilligkeiten und Betrügereyen, die der Geſetzgeber verhindern muß, und verhindern wird, ſobald ihm die Heiligkeit der Verträge nicht in einem falſchen Lichte vorſchwebt; ſobald er Unrecht und Unbilligkeit auf alle

Weiſe verhüten, nicht aber blindlings einer ſeelenloſen Conſequenz und Strenge nachhängen will.

Jetzt noch ein Paar Worte über Noodts wirklich ſehr künſtlich geſtellte Erklärung.

Um dem Leſer zu imponiren, und Stoff zum Subintelligiren zu verſchaffen, muß Africanus die Scene eröffnen. Hier ſtehe ja offenbar: pacto interveniente et hoc concedi solet, wiewohl dieß nur vom billigen Gerichtsgebrauch zu verſtehen ſey. Alsdann folgen die oben angezogene L. 1. §. 11. und L. 3. de aqua quot. et aestiv. In beiden werde eben daſſelbe noch deutlicher vorgetragen. Wenn nun auch Ulpian behaupte: non ultra constitui potest, quam ad eum ipsum fundum opus est: ſo wiſſe nunmehr jeder, daß man NB: stricto iure hinzuſetzen müſſe. Die L. 6. von Paulus ſey endlich eben ſo auszulegen.

Ich brauche, nach dem bisher geſagten, wohl nichts weiter gegen dieſe Auslegung vorzubringen. Nur das muß ich anmerken, daß die L. 1. §. 11. und Lib. 3. cit., welche grade am leichteſten täuſchen können, durchaus gar nichts zur Entſcheidung der vorliegenden Frage beytragen, und zu einer ganz andern Materie gehören. In beiden wird die Frage erörtert: kann eine Real-Servitut als ſolche rechtlich beſtehen, wenn ſie nicht zum Nutzen des herrſchenden Guts gereicht, ſie ſey übrigens jedem Beſitzer unentbehrlich oder nicht? Das quantum ad eum ipsum fundum opus est hat, wenn man die L. 5. §. 1. und L. 6. de S. P. R. nachſieht, einen ganz verſchiede-

nen Sinn, nämlich, es ſoll dadurch gefragt werden: können wir überhaupt Real-Servituten zulaſſen, welche ein zufälliges Intereſſe haben? Dieß wird verneint. Bey der letzten Frage ſetzen es die Juriſten als bekannt, durch die L. 1. §. 11. und L. 3. cit. entſchieden voraus, daß eine Real-Servitut nicht grade zum Behuf der Sache ausgeübt zu werden braucht, und nun unterſuchen ſie weiter: in wie fern muß ſie der Sache oder der Perſon zum Vortheil gereichen? Noodt ſchließt alſo nach ſeiner Logik ſo: eine Servitut kann als Real-Servitut beſtehen, wenn ſie nur den Beſitzern u. ſ. w. vortheilhaft iſt: alſo braucht ſie nicht eben für jeden Beſitzer von Werth zu ſeyn!

Noodt und ſeine Anhänger mögen ſich alſo auch drehen und winden, wie ſie wollen: ſo kommt es doch am Ende wieder darauf hinaus, daß alle dieſe Zurüſtungen nichts beygetragen haben, die L. 8. pr. de Servitut., worüber eigentlich der ganze Streit entſtanden iſt, vernünftig und natürlich zu erklären. Es bleibt mir alſo nur noch übrig, eine ſolche Erklärung zu verſuchen.

Und was könnte leichter ſeyn! Bekanntlich iſt es ein Hauptgrundſatz unſrer Hermeneutik, daß, wenn die römiſchen Rechtsgelehrten Fälle entſcheiden, ohne dabey zugleich die Grundſätze, unter welche ſie den Fall ſubſumirten, anzudeuten, daß alsdann die verſchwiegene Regel aufgeſucht, und der Fall unter diejenige Regel gebracht werden muß, unter welche derſelbe nach der ganzen Analogie des Rechts am wahrſcheinlichſten gehört.

Nun aber wird in L. 8. cit. ſchlechterdings keine Regel aufgeſtellt, oder auch nur von ferne angedeutet. Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. Offenbar gehört der Fall gar nicht unter die erſonnene Regel des ſtrengen Rechts: servitus amoenitatis caussa constitui nequit; ſondern unter die andre: non ultra potest, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus est. Der Fall war kurz dieſer: A hat ein Landgut, worauf, wie immer, Platz genug zum Gehen und Eſſen, und Obſt zum Abpflücken in Menge iſt. Er weiß nicht, was er will, hat, wie man es oft bey Reichen findet, thörichte Gelüſte, und läßt ſich von ſeinem Nachbar die genannte Servitut einräumen. Mit Recht, ſagt hier Paulus, kann eine ſolche Servitut nicht als servitus, d. h. als Real-Servitut [20]) beſtehen, weil wir nicht vorausſetzen, daß jeder nachfolgende Beſitzer kindiſch ſeyn wird, wie es ſein Vorgänger war. — Was kann vernünftiger, billiger ſeyn? und warum will man durchaus zum Behuf der Erklärung eines einzelnen Fragments eine unerhörte Regel erſinnen, da man doch ſo natürlich den Fall bekannten Regeln unterordnen kann? Ich verliere kein Wort weiter, wo alles ſo klar und in die Augen fallend iſt [21]).

---

20) Arg. inscr. Tit. de servitutt.

21) Daß dieſe Erklärung der L. 8. nicht neu iſt, brauche ich kaum zu erinnern. Es kam hier nur darauf an, dieſelbe

Aus den bisherigen Erörterungen leite ich zum Beſchluß folgende Reſultate ab:

1. Es hat niemals, ſo weit wir die Geſchichte kennen, im Allgemeinen eine Regel des ſtrengen Rechts exiſtirt, daß eine Real-Servitut nicht amoenitatis caussa conſtituirt werden könne. In gewiſſen Fällen ſchienen freilich ſolche Dienſtbarkeiten dem ſtricten Begriff der Real-Servitut zu widerſtreiten, nämlich wenn die Annehmlichkeit das Gut ſelbſt nicht angenehmer, ſondern das letzte nur den Genuß der Annehmlichkeit möglich machte (z. B. ut spatiari in alieno liceat, wenn dazu auf dem herrſchenden Gut kein Platz war); im umgekehrten Fall hingegen, z. B. bey der servitus ne prospectui officiatur, war niemals Zweifel über die Rechtsbeſtändigkeit einer Dienſtbarkeit dieſer Art. Alſo nur in gewiſſen Fällen galten ehemals die servitutes amoenitatis caussa constitutae nicht, wo ſie jetzt durch den Gerichtsgebrauch geduldet werden; aber das erſte

---

aus Gründen zu vertheidigen, und Noodt durch Gründe zu widerlegen. So ſagt z. B. *Huber* ad Tit. I. de serv. n. 1. Hinc *otiosae voluptatis caussa* ut pomum decerpere, spatiari et coenare in alieno possimus, iure servitutem imponere non licet. — *Waechtler* in opusc. p. 199. urtheilt von Noodts Erklärung: quae paraphrasis paulo durior est. — Schwerlich würde ſich aber Noodt durch die dicta probantia beider haben abfertigen laſſen, wie man ſchon daraus ſieht, daß er nach Huber ſeine neue Erklärung verſuchte.

nicht wegen der erſonnenen Roodtiſchen, ſondern wegen einer andern, jetzt aufgehobenen Regel, nach welcher auch nutzbare, unentbehrliche Dienſtbarkeiten (z. B. das Recht Brennholz für die Küche zu fällen) unſtatthaft waren (praedium *praedio* servire debet).

2. Die Dienſtbarkeit, wenn ſie Real-Servitut ſeyn ſoll, muß wenigſtens der Regel nach [22]) jedem Beſitzer des herrſchenden Guts nutzbar oder angenehm ſeyn. Auch das neueſte Recht hat dieſen Grundſatz beybehalten, und in ſo fern ſind auch noch jetzt manche servitutes amoenitatis caussa constitutae unzuläſſig.

3. Nach juſtinianiſchem Recht darf der Herr des praedii dominantis die Servitut zu keinem andern, als dem verabredeten Endzweck ausüben, ſelbſt dann nicht, wenn es ohne Nachtheil des dienenden Guts geſchehen könnte. Der Geſetzgeber möchte vielleicht mit Grund dieſe Strenge mildern; aber der Rechtsgelehrte, als Ausleger der Geſetze, darf nicht die Billigkeit durchſetzen, wo es ihm Pflicht iſt, das äußere Recht zu achten und

---

22) L. 19. de Servitut. „Et fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo. Veluti, si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea *nobis* utilia non sunt." Eine Erklärung dieſes Fragments habe ich neuerlich gegeben in meinen civiliſt. Abhandl. S. 37—47.

es dem Bürger zu überlaſſen, ob er moraliſch ſeyn will, oder nicht.

Zuſatz.

Meine obige Erklärung der L. 8. pr. de servit. iſt unlängſt von Schöman bitter angegriffen, in einer, wohl einzigen Dissertatio pro loco (*a*), worauf ich salvo honore nicht antworten konnte. Die Falſchheit meiner Anſicht verſteht ſich danach von ſelbſt, und die Entſcheidung des Fragments ſoll vielmehr aus einem ganz andern Grundſatz folgen, nämlich daher, daß der Nießbrauch nur als perſönliche, und nicht als dingliche Dienſtbarkeit ertheilt werden könne. Danach ſey alles klar. Denn Obſtbrechen ſey Nießbrauch, und spatiari heiße, ein Wettrennen halten, bey welchem letzten die Früchte zu Grunde gehen müßten. Das coenare ſey aber von einem coenare more Romano zu verſtehen. Das letzte erklärt der Verf. nicht weiter; doch weiß ich aus guten Privat-Nachrichten, daß er unter vier Augen die Sache ſo entwickelt hat: der Römer habe bey dem Eſſen liegend gar viel Raum eingenommen, auch dabey viele Bedienten hinter ſich gehabt, ſo daß alſo ein ſolches coenare, wie das Wettrennen, auf die armen Früchte habe wirken

---

(*a*) S. Schöman Fragmente S. 135—139. vergl. mit meinen civiliſt. Abhandl. S. 302. 303.

müſſen. Die Vertheidigung dieſer Abhandlung ſoll in Jena auch viel Aufſehen gemacht haben, ſo daß der Verf. wohl in Einer Hinſicht ſich mit A. Feber vergleichen könnte, welcher von einer ſeiner Paradoxien erzählt (*b*), er habe ſie non insubtiliter öffentlich vertheidigt, jedoch multis mirantibus.

(*b*) Error. pragm. Dec. 11. Er. 7.

Zweyte Abhandlung.

Ueber den Grundſatz des römiſchen Rechts: Servitus in faciendo consistere nequit.

Bey der großen Billigkeitsliebe der Deutſchen iſt dieſer Grundſatz von jeher unſern Rechtsgelehrten ärgerlich und ein Stein des Anſtoßes geweſen. Man verſuchte zwar, vernünftige Gründe dafür aufzufinden; allein bis jetzt hat noch keine Hypotheſe allgemeinen Beyfall erhalten. Es ſey mir daher erlaubt, einen neuen Verſuch zur Auflöſung dieſes Knotens zu machen.

Es waren zwey Hauptgrundſätze des römiſchen Rechts: Niemand kann aus den Verträgen oder einſeitigen Handlungen eines Dritten vollkommen berechtigt, und eben ſo wenig vollkommen daraus verpflichtet werden [1]). Beide Grundſätze wurden von den Prätoren und Kaiſern des gemeinen Beſtens wegen in einzelnen

1) *J. H. Boehmer*, de iure ex pacto tertii quaesito. (Exerc. ad. P. T. II. ex. 28.)

Fällen eingeſchränkt, aber keineswegs aufgehoben, wie dieß gewöhnlich bey ähnlichen Gelegenheiten zu geſchehen pflegte *a*). Nun ſetzen wir, A verſpricht dem B, daß er und alle künftigen Beſitzer ſeines Ackers dem B und allen Beſitzern des herrſchenden Guts gewiſſe poſitive Handlungen leiſten wollen. Dieſer Vertrag iſt offenbar, ſofern er ſich auf den *successor singularis* bezieht, ungültig. Soll daher der letzte den Beſitzern des herrſchenden Guts verpflichtet werden, ſo muß er ſelbſt mit ihnen contrahiren, und dann iſt ja keine servitus in faciendo consistens, ſondern eine eigentliche, auf die Perſon der Contrahenten eingeſchränkte Verbindlichkeit vorhanden, wogegen die römiſchen Rechtsgelehrten nichts zu erinnern haben. — Höpfner iſt auf dem Wege geweſen, dieſelbe Erklärungsart anzunehmen; aber unerwartet wendet er ſich auf eine andere Seite. „Niemand, ſagt er [2]), kann den künftigen Beſitzern ſeines Grundſtücks, die nicht ſeine Erben ſind (successoribus singularibus) eine Verbindlichkeit auflegen. Einen befriedigenden Grund dieſer Regel habe ich nicht finden können. Vielleicht glaubten die Römer,

---

a) Daß der ganze Grundſatz im neueſten Recht aufgehoben ſey, hat zwar behauptet *M. F. Feitscher* num differentia inter dominium et obligationem ect. cum in codice Napoleoneo non sit expressa, ei sit incognita. Goett. 1815. p. 5. not. b. — Allein was ſteht mehr darin, als daß die Regel da und dort etwas zu beſchränken ſey?

2) Comment. über die Inſt. §. 351.

ein Eigenthümer könne ſonſt ſein Grundſtück mit ſo vielen und ſeltſamen Laſten beſchweren, daß es allen Werth verlieren, und Niemand es mehr würde haben wollen.“ Wozu dieſe Hypotheſe, wo wir auf anerkannte Rechtsgrundſätze mit Sicherheit bauen können? Ein Dritter wird überhaupt aus dem Vertrage eines Dritten nicht verpflichtet, alſo auch nicht der successor singularis. Warum jenes? Darüber kann das, was Höpfner über das Beſchweren mit ſeltſamen Laſten ſagt, keinen Aufſchluß geben, weil der Grund, welcher hier allenfalls bey der Art gelten könnte, durchaus nicht auf die Gattung anwendbar iſt.

Ganz anders verhält es ſich, wenn den Beſitzern des herrſchenden Guts erlaubt wird, gewiſſe Eigenthumsrechte an dem dienſtbaren Gute auszuüben, oder der Eigenthümer des letzten ſich der Ausübung gewiſſer Rechte begiebt. Jeder iſt befugt, von ſeinem Eigenthum ſo viel wegzugeben, als ihm beliebt. Sind Theile von dem Eigenthum abgeriſſen, ſo iſt der vorige Eigenthümer in Rückſicht derſelben dem jetzigen Inhaber nicht weiter verpflichtet, als jeder Andre: nämlich er darf dem letzten nicht in der Ausübung ſeines Rechts hinderlich ſeyn, ſein Recht nicht, durch Eingreifen in das Recht des andern, über den Umfang deſſelben ausdehnen, z. B. nicht höher bauen, wenn dieſes Recht nicht mehr in ſeinem Eigenthum enthalten iſt. Wird daher das dienſtbare Gut verkauft, oder derelinquirt und occupirt: ſo kann der

successor singularis weder durch Kauf, noch durch Occupation mehr erhalten, als vorhanden iſt.

Zuſatz.

Meine obige Erklärung iſt in einer Göttingiſchen Preisſchrift *a*) angefochten. Der Verf. erinnert dagegen nichts, als wörtlich dieß: Hanc rationem non ſufficere, facile eſt ad intelligendum, nam nihil aliud inde prodit, quam quod ſecundum iuris civilis principia effectu ceterarum ſervitutum careat talis obligatio ad factum ſervitutis nomine ſuſcepta, et diſpoſitio leg. 15. §. 1. D. de ſervit. ceteris iuris principiis optime conveniat. Seine eigne Erklärung geht dahin: die Eigenſchaft einer ſervitus könne bey einer freyen Perſon nicht Statt finden, ſondern nur bey einer Sache. Ein Grundſtück, als lebloſes Weſen, habe aber nur negative Eigenſchaften, alſo könne auch deſſen ſervitus nur auf das negative Leiden oder Nichtthun gehen.

Ich brauche dagegen wohl nur dieß zu erwidern. Im ganzen Recht finden wir überall, daß beſondere Lehren in ihren Einzelnheiten conſequent nach allgemeinen Grundſätzen beſtimmt ſind, und dieß iſt gewiß auch bey

---

a) *C. F. L. Johanknecht* exploratio quaeſtionis an ſervitus in faciendo conſiſtat, tum ſecundum ius Romanum, tum ſecundum ius Germanicum, Goett. 1807.

der Lehre von den Servituten vielfach der Fall. Der Einheit wegen kann auch nichts erwünſchter ſeyn, mithin iſt kein Einwand unpaſſender, als wenn dem Ausleger, welcher die Einheit des Rechts zeigt, eben dieſe Einheit zum Vorwurf gemacht wird. Es läßt ſich aber noch dazu beſtimmt zeigen, daß die Regel servitus in faciendo consistere nequit nicht eine beſondere Folge des Servituten-Verhältniſſes iſt. Denn jene Regel ſagt nicht bloß: das facere könne nicht als Servitut bedungen werden, ſondern: man könne es für jeden nachfolgenden Beſitzer der dienenden Sache gar nicht feſtſetzen, die Worte mögen lauten, wie ſie wollen. Da Nebenberedungen für den Hauptvertrag modificirende Kraft haben, ſo konnte auch hier bloß der Begriff der Servitut keineswegs benutzt werden, um den Nebenvertrag über das poſitive Thun zu verwerfen, ſofern er mit allgemeinen Grundſätzen vereinbarlich iſt. Dieß iſt aber nur inſoweit der Fall, als der Herr der dienenden Sache ſich ſelbſt eine poſitive Pflicht auflegt, und ſo weit laſſen denn auch die Römer bey Errichtung einer Servitut die Nebenberedung über das facere gelten. Hiemit iſt denn auch die erwähnte neue Erklärung völlig widerlegt. Außerdem iſt ſie in ſich unhaltbar. Denn Obligationen ſind noch keine servitus; eben ſo wenig eine Folge der Obligationen in Vorgänger und Nachfolger. Laſſen hier nun die Römer die obligatio des Promittenten zu, aber nicht auch die des successor singularis, ſo kann der Grund der Entſcheidung nicht in Begriffen von servitus, ſon-

dern nur in Rechtsſätzen über die successio gelegen haben.

Noch habe ich oft mündlich den Einwand hören müſſen: meine Erklärung löſe deßwegen den Knoten nicht, weil ja bey den Servituten, welche nicht in faciendo beſtehen, der Vertrag des Vorgängers doch den Nachfolger binde. Allein ich habe, immer mit Erfolg, kurz darauf erwidert: das facere iſt ein Hinzuthun zum Eigenthum, alſo eine obligatio. Geht dagegen eine Servitut bloß auf ein Leiden oder Nichtthun, ſo wird nur das Eigenthum theilweiſe gemindert, und der dadurch beſchränkte Nachfolger wird nicht eigentlich obligirt, ſondern er bekommt nur weniger, als er ohne Errichtung der Servitut würde bekommen haben. Ungeachtet des Satzes, daß ein Dritter einſeitig einen Vierten nicht obligiren kann, haben wir ja auch die zweyte Regel, daß der Cedent nicht mehr, als er hat, dem Ceſſionar überlaſſen kann. Dieſe Regel mit jenem Satze verbunden, erklärt alles, was in Rückſicht der negativen und poſitiven Pflichten bey Servituten im Römiſchen Recht verordnet iſt.

Indem Schöman (a) meine bisher vertheidigte Erklärung billigt, hat er dafür noch zur Beſtärkung angeführt L. 15. §. 7. in f. L. 17. pr. de usufr. — Allein ich muß dieſen Beyſtand ablehnen. Denn jene Fragmente reden ja nicht davon, wie der Eigenthümer der dienenden Sache in Betreff ſeines Nachfolgers nicht handeln

(a) Handbuch 1. B. S. 378—392.

kann, ſondern von dem Verhältniß Unbefugter zur Errichtung einer ſonſt erlaubten Servitut. Mithin gehören jene Fragmente gar nicht hieher, ſondern zu dem ganz andern Satz, daß derjenige, welcher eine Servitut errichten will, in der Lage ſeyn muß, daß er über die Subſtanz der Sache frey verfügen kann, und daß keine servitus in servitute zugelaſſen wird.

Dritte Abhandlung.

Verſuch einer neuen Theorie über die eigentliche Beſchaffenheit der Dienſtbarkeit des Uſus nach römiſchem Recht.

Der usus fructus wird allgemein von dem usus durch zwey Hauptmerkmale unterſchieden: a) in jenem iſt das Recht auf die volle Benutzung der Sache, in dieſem nur ein auf das nothwendige Bedürfniß des Uſuars eingeſchränktes Recht der Benutzung enthalten; b) der Nutznießer kann die Ausübung ſeines Rechts einem Andern überlaſſen, der Uſuar nicht, es ſey denn, daß ihm ohne dieß ſein Recht durchaus nutzlos ſeyn würde. Noodt [1]) hat ſich vorzüglich bemüht, den erſten Unterſchied durch eine Menge gelehrter Belege aus den alten Claſſikern zu erhärten.

Daß der gemeine Sprachgebrauch dieſe Unterſcheidung wirklich machte, iſt unbezweifelt gewiß. Wer kennt nicht Horazens

1) De usufructu, cap. II.

Utar et ex modico, quantum res poſcit, acervo
Tollam —

und mehrere vom den Stellen, deren ſich Noodt a. a. O. zur Begründung ſeiner Begriffe bedient? Allein der gemeine Sprachgebrauch iſt nicht immer der Sprachgebrauch des Rechtsgelehrten und Geſetzgebers. Jener verwandelt ſich oft ſchnell mit den Zeiten, indem dieſer Jahrhunderte und Jahrtauſende in ſeiner urſprünglichen Beſchaffenheit ſtehen bleibt. Der Geſetzgeber ſucht den Bedeutungen enge, ſcharfe Grenzen zu ſetzen; der gemeine Sprachgebrauch ſchweift überall von der eigentlichen urſprünglichen Bedeutung der Wörter ab. Das Schließen von dieſem auf jenen iſt daher ſtets mißlich und oft trüglich, weßwegen denn auch, um den Begriff des usus und usufructus auszumitteln, vor allen Dingen die Geſetze ſelbſt zu Rath gezogen werden müſſen *a*).

Das Recht des Uſuars iſt auf die nothwendigen Bedürfniſſe deſſelben eingeſchränkt, doch ſteht ihm die volle Benutzung der Sache zu, ſo weit nur irgend ſeine Nothdurft reicht. In dieſem Satz ſtimmen faſt alle überein †), obgleich derſelbe in ſeiner Allgemeinheit,

---

a) Eher möchte ich jetzt für unſern Fall ſagen: die Juriſten haben in der Lehre von den Servituten in der Regel den gemeinen eigentlichen Sprachgebrauch angegeben. Die Nicht-Juriſten, und beſonders die Dichter, nehmen es aber ſelten ſo genau; mithin kann ihr Wortgebrauch gegen die juriſtiſchen Wortbeſtimmungen gar nicht entſcheidend werden.

†) Eine Ausnahme macht z. B. *Westphal* de libertate et ser-

wie mir ſcheint, keineswegs den Geſetzen gemäß iſt. — Die Fragmente, welche vom usus handeln, mögen, ſoweit ſie hieher gehören, ſelbſt dieſe Behauptung rechtfertigen.

Labeo hatte geſagt, der usuarius könne einen inquilinus mit aufnehmen, wenn ihm der usus domus vermacht ſey [2]. Jetzt fährt Ulpian ſo fort:

„Proculus autem de inquilino notat, non belle „inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum „haec, et si pensionem percipiat, dum ipse quoque „inhabitat, non erit ei invidendum: *quid enim, si* „*tam spatiosae domus usus sit relictus homini medio*-„*cri, ut portiuncula contentus sit?* [3]).

Wo ſteht hier etwas von nothwendigen Bedürfniſſen? Grade das Gegentheil, eben ſo wie das Gegentheil behauptet

Pomponius L. 5. ad Quint. Muc.

„Licet tam angustus est legatarius, cui domus usus „legatus est, *ut non possit occupare totius domus* „*usum*, tamen eis, quae vacabunt, proprietarius non „utetur, quia licebit usuario aliis et aliis temporibus

---

vitute praediorum §. 746. „Iusto subtiliores in utendi finibus regendis Romanos fuisse, negari non potest. Unde *per singulas fere rerum species quousque pateat usus discendum est.*“

2) L. 3. §. 1. de usu et habitat.

3) L. 4. pr. eod.

„tota domo uti; quum interdum domini quoque aedi-„um, prout temporis conditio exigit, quibusdam „utantur, quibusdam non utantur“ 4).

Eben ſo allgemein und unbedingt entſcheidet Labeo, nach dem Zeugniß des Ulpian 5):

„Si usus fundi sit relictus, minus utique esse, „quam fructum, longeque, nemo dubitat. Sed quid „in ea caussa sit videndum. Et Labeo ait; *habitare „eum in fundo posse, dominumque prohibiturum, illo „venire;* sed colonum non prohibiturum, nec fami-„liam, scilicet eam, quae agri colendi caussa illic sit. „Ceterum si urbanam familiam illo mittat, qua ratione „ipse prohibetur, et familiam prohibendam, eiusdem „rationis est. Idem Labeo ait, et cella vinaria et „olearia *eum solum* usurum; dominum vero invito eo „non usurum.“

Ueberall wird hier, ohne alle Einſchränkung dem Uſuar das Recht auf eine ausſchließliche Benutzung der Sache zur Befriedigung ſeiner ſämmtlichen Bedürfniſſe (ſie ſeyen vernünftig, oder unvernünftig, gemacht oder natürlich, nothwendig oder nicht) eingeräumt; kein Wort von einer Beſchränkung auf die Nothdurft, unumgäng-lichem Bedarf, und dergleichen.

Was hier von Häuſern geſagt iſt, wird an andern Orten auch vom usu andrer Sachen geſagt:

---

4) L. 22. §. 1. eod.

5) L. 10. §. 3. eod.

Ulpian Lib. 17. ad Sabin:

„Sed si boum armenti usus relinquatur, *omnem usum* „*habebit, et ad arandum, et ad cetera, ad quae boves* „*apti sunt*“ [6]).

Hier wird dem Uſuar der ganze *usus* zugeſprochen, ſo wie im pr. deſſelben Geſetzes geſagt wird: *plenum* autem *usum* habere debet, si et villae et praetorii usus relictus est. Auf gleiche Weiſe ſteht es dem usuarius frey, den vollen Nutzen von den Handlungen des Sklaven zu ziehen, ſofern er die Dienſte deſſelben nur nicht einem andern vermiethet [7]). Auch haben wir noch ein Geſetz zur Beſtärkung des bisher geſagten, welches, aus Gründen, die ſich gleich ergeben werden, hier vor allen Dingen anzuführen iſt:

Sed si pecoris ei usus relictus sit, ſagt Ulpian a. a. O., puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat Labeo ait, sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum, haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum [8]).

Was den Sinn dieſes Geſetzes betrifft, ſo iſt fürs erſte ſo viel offenbar, daß Labeo dem Uſuar abermals unbedingt die Befugniß, das Vieh ad stercorandum

---

6) L. 12. §. 3. l. c.

7) L. 14. pr. L. 16. §. 2. L. 20. l. c.

8) L. 12. §. 2. l. c.

zu gebrauchen, zugeſteht. Dagegen verſagt er aber demſelben eben ſo unbedingt den Genuß der Früchte: denn man muß bemerken, daß er ſich des Ausdrucks pecore ad *stercorandum* uti bedient, keineswegs aber dem Uſuar ſchlechtweg erlaubt, *stercore* uti. Ulpian will demſelben freilich etwas Milch vergönnen, aber doch nur, weil ein letzter Wille nicht ſtrict zu interpretiren ſey. Geſetzt alſo, ich verkaufe Jemand den usus einer Heerde? Hier iſt die Auslegung wider den Uſuar zu machen, mithin kann er in dieſem Fall durchaus keinen Anſpruch auf das modicum lactis machen [9].

In der That! ein ſchwer zu löſendes Problem für die Vertheidiger der bis jetzt gangbaren Begriffe, und noch ſchwerer zu löſen, wenn man ſieht, wie eben derſelbe Labeo, deſſen Strenge uns hier unerklärbar ſcheint, an einem andern Orte das Recht des Uſuars auf den Genuß der Früchte weit mehr, als viele Andre, erweitert.

Ulpian ſetzt den Fall, daß Jemand der usus villae vermacht ſey. Es fragte ſich: wie weit erſtreckt ſich hier der usus? Er antwortet:

„praeter habitationem, quam habet, cui usus „datus est, deambulandi quoque et gestandi ius habet.

---

9) Das Gegentheil behauptet gegen Accurſius und deſſen Anhänger *Labitt.* in usu ind. pand. §. 56. (*Wieling.* iurispr. rest. p. 59. 60.) Mit welchem Grunde, wird ſich aus der weiterhin folgenden Ausführung von ſelbſt ergeben.

„Sabinus et Cassius: et lignis ad usum quotidianum, „et horto, et pomis, et oleribus, et floribus, et aqua „usurum; non usque ad compendium, sed ad usum, „scilicet non ad abusum. Idem Nerva; et adiicit: „stramentis etiam usurum; sed neque foliis, neque „oleo, neque frumento, neque frugibus usurum. Sed „Sabinus, et Cassius, *et Labeo*, et Proculus: *hoc „amplius etiam ex his, quae in fundo nascuntur, quod „ad victum sibi suisque sufficiat sumturum, et ex his, „quae Nerva negavit*“ [10].

Wie die erſte Stelle, beſonders verglichen mit der letzten, vernünftig und aus Gründen zu erklären ſey, darüber ſucht man vergebens in den Schriften unſrer Exegeten und Commentatoren eine befriedigende Auskunft. *Donellus* ſagt: pecoribus utimur ad stercorandum agrum, quum excrementis nondum egestis inducuntur ipsa pecora in agrum, ut illic stabulentur, illuc deponant excrementa et egestiones suas ad pinguefaciendum agrum. Hoc vero qui facit, apparet eum non uti stercore, quod sumat, quum nondum esset; sed uti pecoribus, ad agrum stercore macerandum. At is utitur stercore, qui, stercore iam edito, accedit ad eo utendum. Quod qui facit, is alia re utitur, quam cuius usus relictus est. Erat enim relictus usus pecorum; stercus autem egestum pars pecorum esse desiit. Ex quo, quam bene harum rerum

---

10) L. 12. §. 1. l. c.

de usu fundi et pecorum veteribus ratio constet, intelligi puto *). — Welche Argumente man doch ſchön und gründlich finden kann, wenn es darauf ankommt, einen verwickelten Knoten zu löſen! Das eben angeführte Raiſonnement kann zum Beweiſe dienen. Wenn mir der Gebrauch einer Sache vermacht iſt, ſo ſoll ich nur ſie gebrauchen: alſo auch eben das, und nicht ein Haarbreit mehr, wenn mir der Nießbrauch zuſteht. Warum giebt alſo Labeo dem Nutznießer in eben dem Fall Früchte, wo er dieſelben dem Uſuar ſchlechtweg aberkennt? Ferner warum giebt er dem letzten ohne Einſchränkung die Früchte einer lebloſen Sache, nicht aber, als Uſuar eines Schafs, die Wolle, Milch und Lämmer? Donell antwortet: „die Früchte ſind Theil des fundi, die Lämmer nicht. Die Wolle iſt freilich Theil des Thiers, aber ſie nutzt nicht, bevor ſie bearbeitet iſt, und dann — lana esse desinit. Auf die wenigen denkbaren Ausnahmen kann der Geſetzgeber keine Rückſicht nehmen. Mit der Milch aber verhält es ſich eben ſo, wie mit den fructibus pendentibus eines fundi, und eben deßwegen entſcheidet Ulpian in dieſem Punct wider Labeo" 11).

Nach meiner Ueberzeugung nichts als geſuchte und grundloſe Subtilitäten! Labeo und Ulpian geben dem Uſuar ohne alle weitere Zuſätze das Nothdürftige

*) Commentarii de iure civ. Lib. X. cap. 25. beynahe am Ende.

11) Comment. l. c. vor der allegirten Stelle.

von den Früchten eines Landguts, alſo auch von den fructibus ſeparatis. Warum dieſe ausgeſchloſſen ſeyn ſollten, wäre auch ohnehin nicht einzuſehen, da der Nutznießer, dem doch gleichfalls nur der usufructus *fundi* gegeben iſt, die fructus ſeparatos wie die pendentes durch Perception erwerben kann [12]). Der Uſuar kann alſo auch das Vieh nicht bloß ad ſtercorandum gebrauchen, ſondern auch von dem ſtercore ſchlechthin nehmen, ſo weit er deſſelben bedarf. Ein gleiches Recht hat er auf die Wolle, ſelbſt dann, wenn dieſe, wie Donell gegen das Zeugniß der Oeconomen behauptet, unbearbeitet wenig oder gar keinen Nutzen gewährte, und erſt durch Umwandlung in eine neue Species brauchbar gemacht werden müßte. Denn als Uſuar eines fundi iſt er berechtigt, Oliven, Trauben für die Kelter, und Kräuter zu Magenſect zu ſammeln, welche ſämmtlich, bevor ſie ausgepreßt, und in eine neue Species übergegangen ſind, keinen ordentlichen Gebrauch zulaſſen. In Betreff der Milch ſcheint freilich Ulpian Recht zu haben; aber immer bleibt doch die Frage: warum entſchied Labeo, wie er that? Wie konnte ein ſo großer und berühmter Juriſt ſich eines ſolchen groben und offenbaren Widerſpruchs ſchuldig machen? und warum muß Ulpian, um ſeine Meynung zu begründen, ſich auf den Vorzug der ausdehnenden Erklärung berufen?

---

12) L. 7. pr. L. 12. pr. L. 27. pr. L. 70. §. 3. L. 68. §. 1. 2. de uſufr.

Die mehrſten übergehen das vorliegende Fragment ganz mit Stillſchweigen. Andre führen, wie die älteren Juriſten nur zu oft thaten, daſſelbe an, grade als verſtänden ſich die Entſcheidungen des Labeo und Ulpian von ſelbſt. Noch andre erwähnen deſſelben, ohne ſich auf eine Erklärung einzulaſſen, oder ſagen mit Weſtphal [13]: quid magis ridiculum, quam eum, cui ovium usus datus, nil accipere, nisi stercus. Der Richter, welcher als ſolcher nicht mitlachen darf, würde ſich alſo wohl mit Julians non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest, tröſten, und das Geſetz, wenn ſich der Fall ereignen ſollte, blindlings zur Anwendung bringen müſſen!

Das blinde Anwenden unverſtandener Geſetze iſt das peinlichſte, und, für die gewöhnlichen Köpfe, das verderblichſte Geſchäft, dem ſich der Rechtsgelehrte unterziehen kann. Der folgende Verſuch einer neuen Erklärung der angezogenen Fragmente bedarf daher auch keiner Entſchuldigung, zumal da ich denſelben für eine bloße Hypotheſe erkläre, welcher ich nicht eher einige Realität beylegen werde, als bis Männer von Einſicht mir öffentlich zugeſtehen, daß meine Meynung überwiegende Gründe für ſich hat.

Die Wörter: frux, frugis, und das, davon abſtammende fructus, bedeuten urſprünglich nichts weiter, als die Erzeugniſſe einer Sache, das, was die Sache ſelbſt

---

13) a. a. O. §. 755.

hervorbringt, was ein acceſſoriſcher Theil derſelben, aber nicht ſie ſelbſt iſt, mit einem Wort! eben das, was wir urſprünglich durch unſer Frucht bezeichneten *a*). Frui heißt mithin urſprünglich ſoviel, als Früchte genießen; fructus ſoviel als Fruchtgenuß. Wenn ich daher Jemand den fructus eines Landguts vermache: wozu iſt er berechtigt? zu nichts weiter, als zum Fruchtgenuß. Er darf Getraide bauen und erndten, Holz fällen und dergleichen; aber die Gebäude des Guts bewohnen, ſo weit es nicht etwa der Fruchtgenuß nothwendig macht, dazu iſt er eben ſo wenig befugt, als zum Spatzieren, und wie die übrigen Handlungen, welche nicht mit dem Fruchtgenuß in Beziehung ſtehen, weiter heißen mögen. Will ich daher, daß er zur vollen Benutzung einer Sache, deren Ertrag nicht allein in Früchten beſteht, berechtigt ſeyn, nicht bloß Früchte ziehen, ſondern auch ſonſt die Sache gebrauchen ſoll: ſo muß ich zu dem fructus dieſes Gebrauchsrecht hinzuthun, und ihm ſo das ganze Recht, d. h. den *usus fructus* einräumen. Hätte das Wort frui, wie man behauptet, urſprünglich den vollen Genuß einer Sache bezeichnet, ſo wäre es durchaus unbegreiflich, wie das pleonaſtiſche Wort *usus*fructus entſtanden ſeyn könnte, warum man einen Theil beſonders bezeichnet hätte, welcher doch ſchon deutlich genug durch das bloße fructus angedeutet war. Wenn daher genießen urſprünglich

---

a) L. 21. de V. S.

nicht eben das, was frui bedeutet *), ſo würde das Wort usufructus, um auf den urſprünglichen Begriff aufmerkſam zu machen, weit ſchicklicher durch Gebrauch und Fruchtgenuß, als unſer gewöhnliches Nießbrauch überſetzt werden.

Eigentlich, und dem urſprünglichen Wortverſtande zufolge, enthält alſo der usufructus zwey Hauptrechte: a) den fructus, oder das Recht, die Früchte der Sache zu ziehen, und b) den usus, oder das Recht, allen ſonſtigen Gebrauch von der Sache zu machen. Der fructus enthält das volle Recht auf alle Früchte, der usus das Recht, den ſonſtigen vollen Gebrauch von der Sache zu machen. Beide können vereinigt, oder getrennt ſeyn. Im letzten Fall giebt es einen nudum fructum und einen nudum usum, im erſten einen usumfructum.

Hienach beſtimmt ſich alſo nun der eigentliche urſprüngliche Begriff des usus, und es bleibt nur noch zu

---

*) Dieß ſcheint mir nicht ganz der Fall zu ſeyn. Unter genießen verſtehen wir das gänzliche Verbrauchen einer Sache: wir genießen ein Glas Wein, wie wir den Genuß eines Obſtbaums haben können. Der fructus einer verzehrbaren Principal-Sache, welche nur durch das Verzehren genutzt werden kann, widerſtritt der urſprünglichen Bedeutung des Wortes frui, wie dieſelbe in den Gerichten beybehalten war. Daher auch Juſtinian §. 2. de usufructu ſagt: Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (non enim poterat); sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

unterſuchen übrig, welche Rechte dieſem zufolge nach Verſchiedenheit der Fälle und der Sachen dem Uſuar eingeräumt werden müſſen.

In Anſehung der Sachen, welche Jemand zum usus eingegeben werden können, ſind nur drey Fälle möglich: entweder a) die Sache gehört zu denen, welche gar keine eigentlichen Früchte tragen, oder b) ſie trägt Früchte, doch ſo, daß das Recht des usus nicht auf die ganze Sache ausgeübt werden kann, wenn dem Uſuar nicht der Genuß der Früchte geſtattet wird, oder endlich c) er kann ſie ganz gebrauchen, ohne genöthigt zu ſeyn, ſeinem Recht durch Perception der Früchte Wirkſamkeit zu verſchaffen.

Im erſten Fall ſteht dem Uſuar die volle Benutzung der Sache zu, er ſey derſelben bedürftig oder nicht. Iſt ihm daher der usus eines Hauſes, eines Geſpanns Pferde oder Ochſen, eines Sklaven u. ſ. w. gegeben, ſo ſind der Ausübung ſeines Rechts durchaus gar keine Grenzen geſetzt. Auf dieſe Weiſe ſind, wie mir ſcheint, die zuerſt angezogenen Fragmente völlig befriedigend erklärt. Auch hat der Uſuar, nach dem urſprünglichen Begriff des usus, ſogar das Recht, die Ausübung ſeines Rechts einem Andern abzutreten, wenigſtens widerſtreitet dieſe Befugniß jenem urſprünglichen Begriff auf keinen Fall. Denn wenn die Unzertrennlichkeit der Ausübung des usus von der Perſon des Uſuars zum Weſen jenes gehört hätte: wie würde dann das Compoſitum: usufructus haben entſtehen können? Dieß wäre ja unter jener

Vorausſetzung eine offenbare contradictio in adiecto geweſen. — Indeß iſt es ausgemacht, daß dem Uſuar das Recht der gänzlichen Abtretung genommen wurde. Warum? dieß läßt ſich nicht mit hiſtoriſcher Gewißheit beantworten. Vielleicht hatte man, während die Rechtsgelehrten die Begriffe von usus und usufructus ausbildeten, den Wörtern uti und frui im gemeinen Leben gegen den urſprünglichen Sprachgebrauch allmählig uneigentliche Bedeutungen untergeſchoben. Man verſtand unter frui nicht mehr Früchte ziehen, ſondern den vollen Genuß der Sache haben. Das Wort fructus bedeutete alſo ſchon für ſich, was man ehemals nur durch das zuſammengeſetzte usufructus hatte bezeichnen können. Dagegen war der Sinn des Wortes uti im gemeinen Leben eingeſchränkter geworden, und man verſtand auf allen Fall weniger darunter, als unter dem frui. Der Juriſt ſah ſich genöthigt, bey der Auslegung der Verträge und Teſtamente den geltenden Sprachgebrauch nicht ganz zu vernachläſſigen. Geſetzt alſo, es war hier Jemand der usus, dort einem andern der fructus eines Hauſes gegeben. Der Sprachgebrauch erkannte auf allen Fall jenem weniger als dieſem, dieſem mehr als jenem zu. — So mußte alſo das Recht des Uſuar nothwendig in die angegebene engere Grenze eingeſchloſſen werden (*a*).

(*a*) Eine andre Erklärung habe ich verſucht in meinen civiliſt. Abhandl. S. 23.

Wir kommen auf den zweyten Fall: die Sache iſt bloß fruchttragend, oder zum Theil, und kann ohne den Genuß der Früchte entweder gar nicht, oder nur zum Theil benutzt werden: z. B. es iſt Jemand der usus einer Wieſe oder eines Fiſchteichs, oder eines bewohnbaren Landguts gegeben. Steht es ihm im erſten Fall nicht frey, die Wieſe mähen, und in dem Teich fiſchen zu laſſen: ſo iſt ſein ganzes Recht ohne Nutzen, weil er daſſelbe gar nicht ausüben kann; zum Theil hingegen im letzten Fall, wenn er bloß das Gut bewohnen, und nicht ſein Recht auf allen Theilen deſſelben, beſonders den fruchttragenden Ländereyen, ausüben darf. Worauf kann er alſo vermöge ſeines Rechts Anſprüche machen?

Die Auslegung der Verträge und Teſtamente muß, wie Paulus [14]) ſagt, ſo geſchehen, ut res, qua de agitur, in tuto sit, d. h. man muß diejenige Erklärung allen andern vorziehen, durch welche wenigſtens die Exiſtenz des intendirten Geſchäfts erhalten wird. Wer einen Vertrag eingeht, will, daß eine obligatio beſtehe; wer legirt, daß der Legatar etwas erhalte. Dieß iſt das Wenigſte, was man vorausſetzen kann, und was man, um Widerſprüchen zu entgehen, vorauszuſetzen durch die Nothwendigkeit gezwungen iſt. Vertrag und Teſtament müſſen alſo auf allen Fall Wirkſamkeit erhalten. Z. B. ich verſpräche im Januar dem A auf den zwölften May eine Sache, ohne zu ſagen, ob auf den

---

14) L. 80. de V. O.

nächſtfolgenden, oder einen andern zwölften May. Wann muß die Sache abgeliefert werden? Natürlich im nächſten May. Freilich iſt dieſe Auslegung zum Nachtheil des Verſprechenden. Allein ließen wir jene Auslegung nicht zu, ſo würde der ganze Vertrag unnütz ſeyn, indem der zwölfte des nächſten May der einzige feſte Punct iſt, den man ausfindig machen kann [15]. Dieſen aufgegeben, ſo läßt ſich erſt am Ende der Zeit die Verbindlichkeit wirkſam machen.

Eben ſo: ein Spanier vermacht einem Polen den usus ſeines Fiſchteichs. Unmöglich kann der Pole in Spanien fiſchen, und den Fang zu ſich herüber bringen laſſen. Freilich ſoll der Uſuar die Ausübung des Rechts nicht von ſeiner Perſon trennen; allein bleibt man bey dieſem Grundſatz ſtehen, ſo erhält derſelbe im vorliegenden Fall gar nichts. Man iſt daher, ut res in salvo sit, genöthigt, mit Hadrian zu entſcheiden: „Divus „Hadrianus, quum quibusdam usus silvae legatus „esset, statuit, fructum quoque eis legatum videri: „*quia, nisi liceret legatariis caedere silvam, et vendere,* „*nihil habituri essent ex eo legato*“ [16].

---

15) L. 41. pr. de V. O. die bekannte Regel: propositio indefinita pro generali habenda, arg. L. 23. pr. de S. P. U. wovon *Leibnitz* quaest. philos. amoen. Qu. 1. und *Covarruvius* Var. Resol. L. 1. c. 13. nachzuſehen, läßt ſich am bequemſten und einleuchtendſten aus dieſem Grundſatz ableiten.

16) L. 22. pr. de usu.

Nehmen wir alſo an, dem B iſt der usus eines Ackers vermacht, geſchenkt oder verkauft. In allen dieſen Fällen muß die oben aufgeſtellte Regel gleiche Anwendung finden. Er erhält daher das Recht, von den Früchten des Ackers Gebrauch zu machen: Fundi usu legato, licebit usuario et ex penu, quod in annum duntaxat sufficiat, capere, licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur [17]. Indeß darf er, wie die römiſchen Juriſten einſtimmig behaupten, nicht mehr von den Früchten nehmen, als er grade zu ſeiner und der Seinigen Nothdurft bedarf. Und wozu ſollte man ihm auch mehr verwilligen, da ſein Bedürfniß der feſte Punct iſt, bey dem die Auslegung ſtehen bleiben kann, und ſtehen bleiben muß, weil im gemeinen Leben die Bedeutung des Wortes uti ſich grade bis auf dieſen Punct ausgedehnt hat? Wir ſetzen alſo den Fall, ihm iſt der usus einer Sache vermacht, welche theils Früchte trägt, theils ſonſt gebraucht werden kann, z. B. eines Landguts. Iſt dieß, ſo iſt er, wie die oben angeführten Geſetze deutlich entſcheiden, berechtigt, die Wohnung ausſchließlich für ſich zu behalten (plenum usum habere debet); von den Früchten hingegen darf er nur bis zur Befriedigung ſeiner Nothdurft nehmen.

Es bleibt uns jetzt nur noch der dritte Fall übrig: die Sache kann ganz gebraucht werden, ohne daß man genöthigt iſt, die Früchte derſelben zu benutzen: z. B.

---

17) Paulus in L. 15. pr. l. c.

es erhält jemand den usus eines Mutterpferdes. Hier kann er die ganze Sache gebrauchen, zum Reiten, Ziehen, ſo viel er will; weßhalb denn auch gar kein Grund vorhanden iſt, warum man ihm das Füllen, welches etwa das Pferd zur Welt bringen möchte, zuzuſprechen genöthigt wäre. Wir ſelbſt würden nach unſerm Sprachgebrauch nicht anders entſcheiden können. Geſetzt, ich verkaufte B den Gebrauch eines Kirſchbaums und eines Mutterpferdes. Eigentlich hätte ich ſagen ſollen: die Benutzung des Baums; indeß, da dieß nicht geſchehen iſt, ſo mag B gegen den Sprachgebrauch Kirſchen pflücken, ut res in tuto sit. Dieß wird ihm jeder ſchon nach ſeinem natürlichen Gefühl zugeſtehen; aber unſtreitig nicht eben ſo das Recht, ſich des Füllens anzumaßen. Ich bin überzeugt, daß kein unſtudierter Richter dieſe Fälle auf andre Weiſe entſcheiden würde.

Und dieß iſt nun grade der Fall, von welchem Labeo in der berüchtigten L. 12. §. 2. handelt. Seine Entſcheidung iſt hier durchaus richtig, conſequent, und in keinem Betracht dem zuwider, was er in §. 1. von dem Umfange des usus villae geſagt hatte. Hier mußten dem Uſuar Früchte zuerkannt werden, damit ſein usus ein usus villae, nicht etwa usus domus war; dort bedurfte es dieſer Ausdehnung nicht, weil er grege utebatur, wenn er dieſe bloß ad stercorandum austrieb. Wir lachen freilich mehrentheils über ſolche Diſtinctionen, welche wir Subtilitäten nennen, bedenken aber ſelten, daß wer hier eine einzelne Ausnahme zuläßt,

auf der andern Seite tauſend andre Ausnahmen dulden muß; und daß durchgängige Conſequenz das einzige Mittel iſt, wodurch man der Willkühr und Ungebundenheit dunkler, mehr fühlender als denkender Köpfe einen ſichern Damm entgegenſetzt.

So weit wäre nun alles klar und einleuchtend. Allein was will Ulpian mit ſeinem modico lactis; warum beruft er ſich auf die Nothwendigkeit einer interpretatio benigna, und aus welchen Gründen giebt er dem Uſuar nicht auch ſeinen Theil von der Wolle und den Lämmern? Wenn wir den Römern nicht immer unſern alten Begriff vom usus unterſchieben wollen, ſo glaube ich, daß ſich dieſe Fragen wenigſtens mit vieler Wahrſcheinlichkeit beantworten laſſen.

Die Bedeutungen der Wörter bilden ſich im gemeinen Leben nicht nach einer philoſophiſchen Richtſchnur, und ſelten laſſen ſich die Grenzen zwiſchen den engeren und weiteren Bedeutungen eines Worts durch eine alles befaſſende erſchöpfende Definition angeben. Nehmen wir nur unſer Wort gebrauchen. Im eigentlichen Verſtande denken wir bloß darunter das salva rei substantia uti. Und doch zwingen uns unſre Vernunft, und unſer Gefühl, einen Gebrauch eines Faſſes Wein, eines Kirſchbaums u. ſ. w. zuzulaſſen, wenn etwa unter dieſem uneigentlichen Namen Jemand das Recht der Benutzung der genannten Sachen eingeräumt ſeyn ſollte. Eben ſo: es erhält Jemand den Gebrauch einer Eſelinn. Keinem Menſchen wird es einfallen, dem Uſuar hier ein

Recht auf die asellos in spe zu geben, und doch würden wir ihm allgemein ſich der Milch zu bedienen erlauben, beſonders wenn wir wiſſen, daß die, welche einen ſolchen usus vermachen, gewöhnlich nicht die Abſicht haben, dem Uſuar dieſen kleinen Gewinn zu entziehen. So haben tauſend große und kleine, oft unſcheinbare Umſtände auf die Erweiterung und Beſchränkung der Bedeutungen eines Worts den wichtigſten Einfluß. Dieſe Umſtände auszumitteln, iſt nur das Geſchäft derer, welche aus eigener Erfahrung urtheilen, ſich auf ein eignes, gleichſam angebornes Gefühl ſtützen können. Mit den Sitten, der Cultur, den Gebräuchen, der Lebensweiſe eines Volks ändert ſich alles, und ein fremdes Volk iſt nie im Stande, den Sinn der Worte eines andern Volks vollkommen zu begreifen, die feinen Unterſchiede der Wörter des letzten klar, hell und ſcharf einzuſehen und zu beſtimmen. Höchſt ſelten läßt ſich ein Wort vollkommen richtig und genau durch ein anderes überſetzen. Eben deßwegen iſt denn auch das Recipiren fremder Geſetzbücher ein ſo mißliches und gefahrvolles Unternehmen. Ein großer Theil der Geſetze — die Lehren von den Servituten und Verträgen geben ein auffallendes Beyſpiel hievon — beſteht, wie ein großer Theil der Philoſophie, aus bloßen grammatiſchen Unterſuchungen über die Bedeutungen der Wörter. Dieſe Unterſuchungen ſind nothwendig, weil das Forſchen nach den verſchiedenen Bedeutungen der Wörter, wenn es gelingen, und nicht in Willkühr und Hypotheſenſucht aus-

arten ſoll, eine ſeltene Schärfe, Klarheit und Tiefe des Blicks, eine gewiſſe Gewandheit und Stärke im Ergreifen und Feſthalten, vorausſetzt, welche das Eigenthum weniger iſt. Ließe der Geſetzgeber ſich die rechtlichen Beſtimmungen in den Köpfen der Richter von ſelbſt ausbilden: ſo wäre es um Einheit der Rechtsverfaſſung, und Gewißheit des Rechts unwiederbringlich geſchehen. Wir würden ſo verſchiedene Bedeutungen von usus und usufructus haben, als es verſchiedene Meynungen giebt, wenn etwa in einer Geſellſchaft über die Bedeutung eines Worts jeder ſein Urtheil fällen ſoll. Je klüger und ſinnreicher der Kopf, deſto mehr iſt der Sprachgebrauch in Gefahr, verdrehet und verfälſcht zu werden. Es iſt mithin Pflicht des Geſetzgebers, nach ſeiner Einſicht die Sprache auszulegen, und dabey den wahren Bedeutungen der Wörter ſo nahe als möglich zu kommen. Wozu aber dieſe Beſtimmungen für ein Volk, deſſen Wörter ſich nur in höchſt ſeltenen Fällen den Worten des fremden Volks ſubſtituiren laſſen?

Der Ausdruck usus hatte, wie wir ſchon vorhin ſahen, manches im gemeinen Leben von ſeiner urſprünglichen Bedeutung verloren. Dieſe war beſchränkt, aber auch auf der andern Seite bis zu einem Punct erweitert, welcher ſich weit über die Grenzen des Begriffs, wie derſelbe in den Gerichten angenommen war, erſtreckte. Der Dichter ſchrieb ſich das Recht des usus zu, wenn es ihm erlaubt war, eine Sache nach ſeinen Bedürfniſſen zu verzehren, ohne dadurch verpflichtet zu werden, in

gleichem Maaß und Gewicht das Erhaltene zurückzugeben; der Juriſt erweiterte ſeinen Begriff nie bis zu dieſem Umfange. Da man indeß gezwungen geweſen war, den usus einer bloß fruchttragenden Sache auch auf die Benutzung derſelben auszudehnen, ſo hatte ſich wahrſcheinlich der Begriff deſſelben auch für den dritten genannten Fall, wovon die L. 12. §. 2. ein Beyſpiel liefert, nach Beſchaffenheit der Umſtände hin und wieder erweitert. Hier gab es nun eine enge urſprüngliche, und eine weite herkömmliche Bedeutung. Labeo, ein Anhänger der ſtricten Interpretation, gab jener den Vorzug; Ulpian hingegen der letzten, weil zu ſeiner Zeit die Teſtamente nach milderen Grundſätzen ausgelegt wurden.

Das Einzige vielleicht, was man gegen dieſe Hypotheſe einwenden könnte, iſt: warum dehnte Ulpian den usus nicht auch auf die Wolle und Lämmer aus? Welche Gründe hatte er zu einer Entſcheidung, die ſo ganz das Gepräge der Willkühr und des Zufalls an ſich trägt? — Wie man es verlangen wird, weiß ich nicht zu antworten. Ich begreife ſelbſt nicht jeden einzelnen Punct in Ulpians Entſcheidung, aber ich begreife das Ganze, wie ich einen unbekannten Gegenſtand begreife, auf deſſen Exiſtenz und allgemeine Eigenſchaften ich von einem bekannten Gegenſtande mit Sicherheit ſchließen kann; ich begreife ihn, wie ich mich überhaupt in die Bedeutungen einer fremden Sprache hineindenke. Zu etwas mehrerem glaube ich mich nicht und Niemand

berechtigt, und hier grade am wenigſten. Wiſſen wir denn, wie und warum, wem, und von wem der usus bey den Römern gegeben zu werden pflegte? Nichts von allem! Und bey dieſen Umſtänden dürften wir es wagen, Labeo und Ulpian zur Rechenſchaft zu ziehen, den letzten zu meiſtern, weil er keine ſcharfe Grenzlinie zog, deren wir, von eignen Erfahrungen und Gefühlen verlaſſen, ſo ſehr bedürfen? Nichts als Täuſchung und Uebereilung! Die Grenzen der Wortsbedeutungen laſſen ſich nicht aus Gründen deduciren, wie ein Satz der Geometrie. Die Erfahrung prägt richtige Gefühle ein, und dieſe entſcheiden. Mit dem römiſchen Recht ſind nur die Entſcheidungen, aber nicht die Gefühle und Erfahrungsbegriffe der Römer zu uns herüber gekommen. Wir haben eine raiſonnirende Geſchichte erhalten, aber der eigentliche Stoff der Geſchichte iſt für uns verloren gegangen. Eine befriedigende vollkommene Einſicht iſt unter dieſen Umſtänden unmöglich, und es iſt daher Thorheit, eine Gewißheit erſtürmen zu wollen, welcher die Natur unüberſteigliche Hinderniſſe in den Weg gelegt hat. Laßt uns nur erſt unſre herkömmlichen Begriffe von usus aufgeben, es einſehen, daß wir dem Römer die Bedeutungen unſrer eingebornen Wörter nicht unterſchieben dürfen; — alsdann werden wir ſchon lernen, mit etwas mehr Reſignation und weniger Ungeduld über die Entſcheidungen der römiſchen Juriſten zu urtheilen (a).

(a) Ich denke jetzt, man könnte ſich hier die Sache noch

Dieſe Muthmaßungen über die Geſchichte der verſchiedenen Bedeutungen des Worts usus ſind nicht bloß leere Träumereyen. Man leſe nur z. B. die vorhin ausgeſchriebene L. 12. §. 1. de usu. Es war der usus eines Guts vermacht. Einige Juriſten wollten hier dem Uſuar bloß etwas Obſt, Gemüſe u. ſ. w., nicht aber Oel, Getraide und dergleichen zugeſtehen. Unmöglich kann man vorausſetzen, daß die Juriſten, deren ſcharfe und conſequente Beſtimmungen zu bewundern wir überall aufgefordert werden, ſo blind in den Tag hinein urtheilten; daß Männer, die unendlich mehr, wie wir, in grammatiſchen Unterſuchungen geübt waren, die Bedeutungen eines Worts durch ſpielendes Herumtappen zu beſtimmen ſuchten. Die Erfahrung mußte hier nothwendig Gefühle und Begriffe erzeugt haben, deren wir uns, bey gänzlich veränderten Umſtänden nicht mehr zu bemächtigen im Stande ſind. Und warum ſollten die Gründe, deren Daſeyn wir hier mit ſo vieler Gewißheit durch Schlüſſe

---

leichter machen. Das: minima non curat praetor herrſcht im neueren Römiſchen Recht überall. Wäre es nicht wahre Kleinlichkeit und Illiberalität, dem Uſuar, welcher doch einmal die Heerde unter ſeiner Gewalt hat, das modicum lactis zu verſagen? Er kann es ja doch immer im Stillen nehmen. Vergleichungsweiſe könnte man hier erinnert werden an das Sprichwort unſrer Dienſtboten, daß an Eßwaaren kein Diebſtahl Statt findet, und an die letzte Frage des Apoſtels in 1. Corinther Cap. 9. V. 7.

ausmitteln können, nicht eben ſo gut im andern Fall vorausgeſetzt werden können? (*)

Daß dieſe Antwort die gewöhnlichen Forderungen unſrer Juriſten nicht befriedigt, weiß ich. Wer ein Problem auflöſt, ſoll zu praktiſchen Reſultaten gelangen, nichts zu wünſchen übrig laſſen. Freilich ſind ſolche Reſultate tröſtlich und beruhigend; aber nur zu oft verliert dabey die Wahrheit auf der einen, was die Bequemlichkeit auf der andern Seite gewinnt.

Zuſatz.

Meine obige Erklärung des Usus, welche allgemein Eingang gefunden hat, war damals, als ich ſie bekannt machte, für mich ganz neu. Nachher habe ich indeß entdeckt, daß Herr Prof. Madihn ſchon früher den dabey zum Grunde liegenden Hauptgedanken öffentlich ausgeſprochen hat (a). Nachdem meine Abhandlung erſchienen war, führte derſelbe ſeine Idee in einem beſondern Programm weiter aus, ohne mit meiner Ab-

(*) Ueber die Art, wie andre Ausleger ſich bey der L. 12. §. 1. cit. gemartert haben, ſ. beſonders *Otto* Theſaur. T. 2. Praefat. p. 14.

(a) Princ. iur. Rom. T. 2. §. 37.

handlung bekannt zu ſeyn (*b*). Endlich haben wir uns beiderſeits auf demſelben Wege entdeckt (*c*), wobey Niemand zu fürchten braucht, daß wir uns über die Frage, wem der Ruhm der Erfindung gebühre, ſtreiten werden.

(*b*) Progr. de vera ſervitutis uſus notione. Traj. ad V. 1803.

(*c*) Miſcellen. I. S. Vorrede S. XV. XVI.

Vierte Abhandlung.

Etwas über captatoriſche Vermächtniſſe.

So dunkel ſich auch die Geſetze über die captatoriſchen Erbeneinſetzungen und Legate ausdrücken [1]: ſo glaube ich doch, daß nach dem, was Bynkershoek neuerlich zur Aufklärung derſelben geſagt hat [2], in Anſehung der Hauptſache alle Schwierigkeiten verſchwinden. Nimmt man den Begriff dieſes Schriftſtellers an, ſo iſt es unbezweifelt, daß die ganze Lehre noch gegenwärtig vollkommene Anwendung findet [3]; daher denn auch jede dahin gehörende Frage ſowohl für die Praktiker als Theoretiker Intereſſe haben muß.

1) L. 29. L. 70. L. 71. L. 81. §. 1. de hered. instit. L. 1. de his quae pro non scr. hab. 34. 8. L. 20. §. ult. de cond. institut. L. 64. de Legat. I.

2) Opusculum de captatoriis institutionibus. (Opusc. T. II. n. v. S. 225. fgg.)

3) Müller ad Leys. Obs. 582. 4 Th. S. 103.

Unter dieſen iſt eine der beſtrittenſten die: ob bloß die Einſetzung des captantis, oder auch die Einſetzung des captati zugleich mit jener ungültig ſey? Die älteren Juriſten neigten ſich mehr auf die Seite derer, welche die erſte Frage bejaheten; die neueren hingegen ſcheinen weit allgemeiner die entgegenſtehende Meynung in Schutz zu nehmen. Bynkershoek hat ſich am weitläuftigſten über die ganze Sache erklärt [4]), daher es auch, bevor wir die Meynung der älteren Juriſten vertheidigen, am beſten ſeyn wird, ihn ſelbſt ſeine eignen Gründe vortragen zu laſſen.

„Sed quid dicemus de institutione Titii, per captationem elicita? Hanc valere plurimis interpretibus sedet, quia, inquiunt, possum heredem scribere, qui me ante scripsit, et quia in hac Titii posteriore institutione nihil quicquam est captatorium. Sed mihi persuaderi non patior, captatorem posse capere ex testamento captati, captatum non posse ex testamento captatoris, adeoque decipientis, quam decepti, conditionem esse potiorem. Possum heredem scribere, qui me iam scripsit, sed qui scripsit simpliciter, non sub conditione captatoria, qua me subdole pellexit, ut eum scriberem heredem. Quin nec omnino eum heredem scripsissem, nisi me prius, ea conditione, heredem esse institutum scivissem, et porro existimassem, id iure optimo licere, ausus duntaxat fato et

4) A. a. O. cap. x. a. E.

fortunae committere, uter nostrum prius eo abiret, unde negant redire quemquam. Quae omnes rationes, ut me movent, ita et Alexandrum, veteris iuris interpretem moverunt, ut ad L. 34. C. de transaction. contra captatorem responderet, eum scilicet nihil habere posse ex testamento captati. In alia quidem omnia abivit Castrensis, et reliqui fere omnes scholae veteris Antistites; sed rationes eorum vel supra occupavi et repuli, vel tanti non sunt, ut iusto praelio debellem. Habeamus igitur in captatoria institutione, quamvis conditio fuerit impleta, nullam esse utriusque scripturam, et eius qui captat, et eius qui captatus est, quum utrobique iudicia provocaverint non verus amor, et sincera voluntas, sed, quae illi impedimento est, mera simulatio et improba captatio. Apparet autem, huic quaestioni locum non esse, nisi si quis imprudens, et iuris ignarus, conditionis implendae gratia, captatorem scripserit heredem; pauci alioquin illud facturi sint, qui intellexerint, seipsos non iure heredes esse institutos, atque ita se in ea caussa esse, ut ipsi ex testamento captatoris nihil quicquam habere possint."

Wir wollen ſehen, was die Gegenpartey darauf zu erwiedern hat.

1. Nach der eignen Erklärung des Bynkershoek [5]) iſt jede Einſetzung captatoriſch, welche unter

---

5) A. a. O. cap. 4. fgg.

der Bedingung geſchieht, daß ein Anderer künftig mir oder einem Anderen etwas hinterlaſſe; jede Einſetzung, welche ſich auf den noch nicht erklärten letzten Willen eines Andern bezieht, oder, wie Papinian [6]) ſagt: cuius conditio confertur ad secretum alienae voluntatis [7]). Dieſe Vorſchrift iſt unbedingt, und die Geſetze machen durchaus gar keinen Unterſchied, ob der captans aus captatoriſchen Abſichten etwas vermacht habe; ob dem captatus die Einſetzung bekannt geworden ſey, oder nicht. Der Grund iſt leicht einzuſehen. Die Erbſchaftsſchnapper der Römer, wie ſie Horaz, Juvenal, Perſius und Andere uns ſchildern, waren eine furchtbare Gattung von Menſchen; ſchlau und gewandt, um alle Mittel

6) L. 70. de hered. inst.

7) Bynkershoek (cap. 4.), Cujaz und Andere, die man bey Müller a. a. O. not. d. finden kann, erklären das secretum alienae voluntatis durch Teſtament. Alſo wäre der Satz Papinians: jede Einſetzung iſt captatoriſch, welche unter einer, auf das Teſtament eines Dritten ſich beziehenden Bedingung geſchieht. Das iſt aber nicht unbedingt wahr. Denn wenn ich ſage: Titio do lego, si me heredem condito nuper testamento instituit: ſo hat das Legat nichts captatoriſches. Papinian hat alſo entweder zu allgemein geſprochen, oder man verſteht ihn zu allgemein. Das letzte iſt, wie ich dafür halte, der Fall. Jede Einſetzung iſt captatoriſch, die ſich auf den, noch nicht erklärten Willen eines Andern bezieht. Des Menſchen Wille iſt wandelbar: — alſo iſt der zu erklärende Wille ein wahres secretum. Papinian will mithin nichts weiter ſagen, als: jede Einſetzung iſt captatoriſch, die von dem noch ungewiſſen

zur Erreichung ihres Endzwecks aufzuſpüren. Nichts paßte mehr zu ihren Planen, als die captatoriſchen Vermächtniſſe. Man ſetzte ſeinen Freund auf eine anſehnliche Summe ein, ließ ihm unter der Hand durch einen Dritten zufällig zu Ohren bringen, was geſchehen war, und wenn die Liſt ihren Endzweck erreicht hatte: ſo wurde heimlich das Vermächtniß wieder ausgelöſcht. Auf dieſe Weiſe ließ ſich durch ein Paar Federſtriche viel gewinnen, und das alles ungeſtraft unter dem Schutz der Geſetze. Es konnte geſchehen, daß eine captatoriſche Einſetzung nicht aus argliſtigen Abſichten geſchah; in manchen Fällen erfuhr vielleicht der captatus nichts von dem Teſtament ſeines Freundes, dem er etwas aus eigenem Antriebe hinterlaſſen wollte: — aber wäre es rath-

---

Willen eines Dritten abhängig gemacht wird. Daß das secretum voluntatis dieſen Sinn haben könne, widerſtreitet nicht dem Genius der lateiniſchen Sprache, und wird noch ganz beſonders durch L. 3. c. de codicillis beſtätigt: Quum proponatis — matrem — duos codicillos ordinasse, in dubium non venit, id, quod priori codicillo inscripserat, per eum, *in quem postea secreta voluntatis suae contulerat*, — revocatum esse. Ich glaube daher auch gegen Bynkershoek (cap. 8.) behaupten zu können, daß die Formel: qua ex parte me a Titio heredem institutum recitavero etc. nicht unbedingt captatoriſch iſt. Iſt das *institutum* das exactum in Rückſicht auf den Augenblick der Teſtamentshandlung: ſo iſt es keine captatio. Umgekehrt, wenn es bloß das perfectum in Rückſicht auf den Augenblick der *recitatio* iſt.

ſam geweſen, ein allgemeines Geſetz denkbarer, ſeltener Fälle wegen einzuſchränken, und eben dadurch der Chikane derer auszuſetzen, die doch ſchon ohnehin ſo viele Schlupfwinkel aufzufinden wußten? Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur [8]). Ein durchgreifendes Geſetz war beſſer, als billige Diſtinctionen, die jeder Schelm zu ſeinem Vortheil drehen und wenden konnte.

Hieraus folgt nun zweyerley:

a) Nicht jede ſogenannte captatoriſche Einſetzung iſt captatoriſch im eigentlichen Verſtande, d. h. nicht jeder ſo teſtirende Erblaſſer thut es in der Abſicht, um dadurch einen Andern anzulocken, gleiches mit gleichem zu vergelten. Wir wollen ſetzen, ein Bruder glaubt, er werde von dem andern gehaßt. Der erſte iſt reich, und möchte dem letzten, der arm iſt, gern etwas in ſeinem Teſtament zuwenden, wenn er nur wüßte, daß dieſer ihn nicht haßte, ſo viel Liebe für ihn hätte, freywillig ihm etwas in ſeinem letzten Willen zu hinterlaſſen. Thäte er das letzte, ſo vermachte er ihm gern ſein ganzes Vermögen; im umgekehrten Fall könnte er ihm um keinen Preis auch nur den kleinſten Theil deſſelben zuwenden. In dieſer Geſinnung macht er eine captatoriſche Erbeneinſetzung. Wo iſt hier die captatio? Ich ſehe nichts davon.

b) Nicht überall, wo eine captatoriſche Einſetzung vorhanden iſt, iſt zugleich der Eingeſetzte, wenn er dem

---

8) L. 4. de LL. L. 5. L. 8. eod.

Einſetzenden etwas hinterläßt, ein captatus. Wir brauchen nur das vorhergehende Beyſpiel zu Hülfe zu nehmen. Der reiche Bruder will wiſſen, was der arme freywillig aus Liebe zu ihm thun könnte, und ſetzt ihn unter der Bedingung ein, wenn dieſe freywillige Handlung erfolgen wird. Iſt er klug, ſo wird er den Inhalt ſeines Teſtaments möglichſt verheimlichen, weil, wenn der Bruder damit bekannt wäre, Eigennutz die Stelle der Liebe vertreten könnte. Geſetzt nun, dieſer thut freywillig, was der andere wünſcht: — wer kann ſagen, daß unter dieſen Umſtänden ein Theil den andern berücken wollte, und der andre wirklich berückt worden iſt?

An ſich liegt in einer captatoriſchen Einſetzung nichts unmoraliſches. Die Abſicht allein macht ſie dazu. Schlechte Abſichten können aber in hypothesi nicht präſumirt werden [9]), und eben ſo wenig das Factum des Hintergangenſeyns, des Bekanntwerdens der captatoriſchen Einſetzung u. ſ. w. Alles, was daher Bynkershoek aus den, dem captanti angeſchuldigten Betrügereyen, und der angeblichen Täuſchung des captati herleitet, iſt nichts weiter, als ein Reſultat, welches wahr ſeyn würde, wenn es auf andern und wahren Gründen beruhte.

2. Indeß angenommen, der captatus wäre wirklich ſtets der Betrogene: was folgt denn für die beſtrittene Meynung daraus? Läßt er ſich wirklich durch die capta-

9) Arg. L. 14. §. 5. qui et a quib. manumitt.

toriſche Einſetzung verführen, ſo irrt er nicht über Thatumſtände, ſondern über das Recht, und daraus läßt ſich hier keine Entſchuldigung hernehmen, weil er, als Erblaſſer, nicht de damno vitando certirt. Er wird alſo vor dem Geſetz eben ſo angeſehen, als hätte er die Ungültigkeit der captatoriſchen Einſetzung wirklich gewußt. Mag nun auch der captans betrügliche Abſichten gehabt haben, oder nicht, das iſt einerley, denn wie Ulpian [10]) ſagt: nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt. Wie der genannte Alexander dazu gekommen ſeyn mag, ſich bey der Erläuterung der L. 34. C. de transactionibus des captati anzunehmen, iſt mir in der That unerklärlich, da das Geſetz ganz deutlich zum Nachtheil ſeiner eignen Behauptung ſpricht: „Quum donationis seu transactionis caussa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis, nec unquam volentibus dolus inferatur, frustra de dolo querimini: nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur;“ eine Entſcheidung, die den römiſchen Rechtsgrundſätzen vollkommen gemäß iſt [11]). Alles mithin, was man zugeben kann und muß, beſteht darin, daß man das Legat oder die Einſetzung des ca-

---

10) L. 145. de Reg. Jur.

11) L. 1. in f. de act. emt. v. L. 26. de rei vind. L. 1. §. 2. de Aedilit. Edict. L. 16. C. de episcop. audient. L. 3. §. 5. de hom. lib. exhib.

ptati in dem Fall für hinfällig erklärt, wenn 1) dem captato die Unwiſſenheit des Rechts nicht von den Geſetzen zur Laſt gelegt wird, und 2) wenn zugleich erweislich gemacht werden kann, daß der Rechtsirrthum der einzige Grund des Vermächtniſſes war. Die Einſchränkung verſteht ſich aber nach den allgemeinen Grundſätzen des römiſchen Rechts ſchon von ſelbſt [12].

3. Auch indirect läßt ſich die Bynkershoekſche Meynung gewiſſermaßen ad absurdum bringen. Es iſt ausgemacht, daß nicht allein alsdann eine captatoriſche Willensordnung anzunehmen iſt, wenn die Bedingung darauf hinausgeht, der Andre ſolle mir, ſondern auch alsdann, wenn ich ſage: ſollte er einem Dritten etwas hinterlaſſen [13]. Nun ſetzen wir: A hat einen Bruder, B, der ihn ab intestato beerben würde. Er will ihn aber im Teſtament ausſchließen, und dagegen C, D, E und F einſetzen. B hört davon, und hilft ſich in der Eile, nach Anleitung der Bynkershoekſchen Abhandlung, durch

12) L. 25. pr. de lib. et posth. L. 92. de hered. inst. L. 93. §. 1. de Legat. III. L. 17. §. 2. L. 72. §. 6. de cond. et dem. Tot. Tit. C. de falsa caussa adiect. legat. vel fideicomm. L. 4. C. de hered. inst.

13) L. 71. §. 1. de hered. instit. „Sed illud quaeri potest, an idem servandum sit, quod Senatus censuit, etiam si in aliam personam captionem direxerit? veluti si ita scripserit: *Titius si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit, probaveritque, heres esto?* Quod in sententiam SCti incidere non est dubium.“

den ganz einfachen Kniff, daß er im Stillen ein Teſtament macht, des Inhalts: si frater amicos C, D, E et F heredes scripserit, heredem eum instituo. Hat A wirklich die vier Freunde allein zu Erben eingeſetzt, ſo fällt ſein Teſtament über den Haufen, und B iſt, was er ſeyn wollte, alleiniger Inteſtat-Erbe. Auf dieſe Weiſe ſteht es alſo in der Gewalt jedes Böſewichts, mich um alle denkbare Erbſchaften zu bringen: denn daß ſich in tauſend Fällen nicht ein einziges Mal ſolche Schelmereyen durch rechtliche Beweismittel ans Licht bringen laſſen, iſt zu bekannt, um eines Beweiſes zu bedürfen.

4. Die Geſetze ſind ſämmtlich auf unſerer Seite, da ſie bloß dasjenige Vermächtniß vernichten, welches von der künftigen Willensordnung eines Andern abhängig gemacht wird. Papinians Worte in L. 70. de hered. instit. „captatorias institutiones [14]), *non eas Senatus*

---

14) Nach der gemeinen Lesart ſteht erſt hinter improbavit das Comma. Allein Bynkershoek erinnert (cap. 3.), wie mich dünkt, mit Recht dagegen, daß bey dieſer Interpunction der Sinn heißen würde: der Senat mißbilligt nicht diejenigen captatoriſchen Einſetzungen, die u. ſ. f. dieß ſey gewiſſermaßen eine contradictio in adiecto. Er ſetzt daher hinter institutiones das Comma, und dann iſt der Sinn klar und richtig. Müller ad Leys. Obs. 582. not. †) behält demungeachtet die alte Lesart bey, weil, wie er bemerkt, Bynkershoek ſelbſt (cap. 2.) geſagt hat: non omnem captionem lex Romana vindicat, longe plurima eius genera extra legis poenam, quin et potestatem fuere, et sic, ſetzt er hinzu, captionem nominat, quamvis lex non vindi-

improbavit, *quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt*, sed quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis,“ können vielleicht allein die Sache etwas zweifelhaft machen, wenn man mit Bynkershoek zum Behuf dieſes Falles daraus ſchließt, daß alle institutiones captatoriae ſind, welche nicht mutua affectione ihr Daſeyn erhalten haben. Das argumentum a contrario hat zwar bey der eignen Beſchaffenheit der Juſtinianiſchen Compilationen großen Werth; aber man muß die Sache nicht zu weit treiben, da immer viel mißliches dabey iſt, und vor allen Dingen conſequent zu ſeyn ſuchen. Will man dieß, ſo heißt das angeführte Geſetz umgekehrt: der Senat erklärt alle Vermächtniſſe für ungültig, die nicht aus gegenſeitiger Zuneigung hervorgegangen ſind; ein Satz, der doch wohl wiederum ſehr leicht durch das argumentum ab absurdo in ſeiner ganzen Blöße dargeſtellt werden kann!

———

cet. — Bynkershoek würde ſeine Verbeſſerung leicht gegen dieſen Einwurf retten können. Man muß nur zwiſchen captatoriſchen Einſetzungen, und andern captatoriſchen Handlungen unterſcheiden. Jene ſind auf die angegebene beſtimmte Art ihrer Natur nach eingeſchränkt; die letzten unendlich mannigfaltig, und eben deßwegen extra legis potestatem. Von dieſen ſpricht Bynkershoek einzig und allein a. a. O. veluti: si munera mittat, si latus ditissimi senis, si vetulae vesicam beatae premat. Der Senat verbot daher alle captatoriſchen Einſetzungen, aber nicht alle andere Erbſchleichereyen.

Nach dieſem allen läßt ſich die ganze Theorie von den captatoriſchen Einſetzungen (und Legaten) auf folgende einfache Sätze zurückführen:

1. Jede Einſetzung iſt captatoriſch, welche unter der Bedingung geſchieht: wenn dieſer oder jener mir, oder einem Dritten etwas hinterlaſſen wird.

2. In der Regel iſt nur die Einſetzung des captantis nichtig.

3. Die Einſetzung des captati (d. h. nicht: des Betrognen, ſondern desjenigen, welcher unter der genannten Bedingung eingeſetzt iſt) kann nur dann umgeſtoßen werden, wenn ein rechtlich entſchuldbarer Irrthum den Teſtator allein zu einem Gegenvermächtniß bewegte.

Fünfte Abhandlung.

Ueber unnöthige Unterſcheidungen und Eintheilungen.

Das Syſtem ſoll dem Gedächtniß zu Hülfe kommen. Es ſoll das Ungleichartige trennen, aber dabey auch das Gleichartige ſoviel als möglich zu vereinigen ſuchen. Das vollkommenſte Syſtem iſt dasjenige, welches einen gegebenen Vorrath iſolirter, concreter Begriffe auf die kleinſte Anzahl allgemeiner Begriffe zurückführt. Diſtinctionen ſind ein Uebel, dem das Syſtem vermöge ſeiner Natur entgegenarbeiten muß, die mithin auch nur inſofern in dem Syſtem Platz finden dürfen, als die Natur der Sache eine Unterſcheidung nothwendig macht. Wer alſo eine Materie mit den wenigſten Diſtinctionen vorzutragen weiß, hat ſeinen Gegenſtand am vollkommenſten begriffen.

In der Rechtswiſſenſchaft ſind häufige Diſtinctionen, Diviſionen und Subdiviſionen unvermeidlich; aber man ſollte mehr daran denken, daß dieſe ein wirkliches Uebel ſind; man ſollte die Materialien mehr unter möglichſt

einfache Eintheilungen zu bringen bemüht ſeyn, nicht aber in unabſehbarem Dividiren und Subdividiren eine eingebildete Ehre ſuchen. Was dabey herauskommt, wenn man nicht recht eigentlich das Diſtinguiren zu vermeiden ſucht, davon geben uns die falſchen Regeln der Alten Juriſten, und ihre unermeßlichen Ampliationen, Reſtrictionen und Exceptionen auffallende Beweiſe in Menge. Die Neueren haben freilich zum Theil aufgehört, das Recht in dieſem Geiſt zu ſyſtematiſiren; allein noch immer ſcheint man mit einer gewiſſen dunkeln Vorliebe an dem Diſtinguiren zu kleben, und den eigentlichen Endzweck des Syſtems zum Theil aus den Augen zu verlieren.

Unſre tabellariſchen Ueberſichten der Rechtswiſſenſchaft, oder einzelner Theile derſelben, enthalten hinlängliche Belege für dieſe Behauptung, z. B. die Höpfnerſchen Tabellen, welche durchaus gar nicht nach dieſen Grundſätzen bearbeitet zu ſeyn ſcheinen; wenigſtens ſieht man nicht, daß der Verfaſſer es ſich zum eigentlichen Endzweck machte, überall von dem Grundſatz auszugehen, daß keine Tabelle vollkommen iſt, welche mehr Glieder enthält, als ſie enthalten würde, wenn man ſich bemühte, das Gleichartige möglichſt mit einander zu vereinigen, und unnützen Wiederholungen auszuweichen. So iſt es z. E. mit den Regeln der Logik unvereinbarlich, wenn man die Subſtitution eintheilt in die militarem et non militarem, und dann wieder jede derſelben in vulgarem, pupillarem und exemplarem.

Denn der Soldat iſt in Anſehung der letzten gar nicht privilegirt. Es iſt hier alſo unleugbar ein Glied zu viel. Eben ſo könnten aus der Tabelle, in welcher die Lehre von der querela inofficiosi dargeſtellt wird, eine Menge von Diſtinctionen wegfallen. Man vergleiche nur, was von den adoptivis und den suis naturalibus geſagt wird. Was von jenen gilt, gilt auch von dieſen: mithin fällt die Eintheilung zuſammen, und die doppelte Eintheilung iſt unnütz.

Es ſey mir erlaubt, noch ein anderes täglich vorkommendes Beyſpiel anzuführen, welches vorzüglich bemerkt zu werden verdient. Es iſt bekannt, daß man den Anfänger eine geraume Zeit mit den verſchiedenen Bedeutungen des Wortes *ius* in den Inſtitutionen und Pandekten zu unterhalten pflegt. Gewöhnlich werden dieſe Bedeutungen, wie die drey praecepta iuris, mit Furcht und Zittern dem Gedächtniß einverleibt, ohne alles Nachdenken, ob die Bedeutungen wirklich verſchieden ſind, oder nicht, wie ſie zuſammenhängen, und auf welche Weiſe dieſe Verſchiedenheit entſtand. Heineccius giebt deren 5 an [1]; der Herr Hofrath Glück hingegen hat die Zahl derſelben bis auf 14 vermehrt [2].

Beynah alle dieſe Bedeutungen ſcheinen mir auf zwey einfache Grundbedeutungen zurückgeführt werden zu können. Nämlich ius bedeutet:

---

1) Elem. iur. civ. §. 18.

2) Commentar über die Pand. §. 1.

I. Soviel als ein Recht in allgemeinem Sinn, d. h. eine Eigenſchaft eines Subjects, welche durch das Geſetz in daſſelbe gelegt iſt (est mihi ius eundi, nonnunquam ius pro necessitudine dicimus, veluti: est mihi ius cognationis).

II. Soviel als Geſetz in allgemeinſter Bedeutung, d. h. den nächſten oder entfernteren Grund der Möglichkeit oder Nothwendigkeit einer Handlung, und zwar

1) ein einzelnes Geſetz, den Grund der Möglichkeit oder Nothwendigkeit einzelner Handlungen, z. B. ius praecipit hoc aut illud, hoc iure, hoc titulo licet, oder

2) einen Inbegriff von Geſetzen, und zwar wieder

a. einen bloß gedachten Inbegriff von Geſetzen, z. B. ius Romanum, oder

b. einen wiſſenſchaftlich geordneten Inbegriff von Geſetzen: iurisprudentia s. obiectivo, z. B. in iure personarum agimus etc.

Rechnet man die wenigen uneigentlichen Bedeutungen ab, ſo bleibt keine übrig, welche nicht unter den Begriff von Geſetz und Befugniß gehörte. Z. B. in der Formel: i mecum in ius, heißt das Wort ius keinesweges das tribunal des Prätors, ſondern die Worte wollen umſchrieben nichts weiter ſagen, als: i mecum ubi ius, i. e. lex nobis pronunciatur. Eben ſo wenig bedeutet ius im Lateiniſchen, was den Geſetzen gemäß iſt, alſo nicht die Eigenſchaft einer Handlung, ſondern

die Worte: hoc iuris est, ſagen nichts, als: hoc per ius i. e. legem fieri licet, vel non licet etc. Noch weniger heißt ius ſoviel, als die geſetzlich beſtimmte Teſtamentsform. Denn testamentum iure factum will doch nichts anders ſagen, als: testamentum secundum ius i. e. legem factum. Ein gleiches gilt von der Bedeutung: Proceßform oder Gerichtsordnung. Denn wenn es im L. 13. C. de R. V. heißt: *ordinarii iuris* est, ut, mancipiorum orta quaestione, prius, exhibitis mancipiis, de possessione iudicetur, ſo liegt in den Worten iuris est abermals die Bedeutung Geſetz klar am Tage. Mir fällt hiebey eine Stelle aus dem Schellerſchen Lexicon ein, worauf ich einmal während meiner Schuljahre ſtieß. Der Verfaſſer will die verſchiedenen Bedeutungen des Wortes opus entwickeln, und fängt an, opus bedeutet 1) das Werk, 2) Honig. — — Wie? Honig? Allerdings, nämlich in den Worten: opus apium. Will man in dieſem Geiſt die Verſchiedenheiten der Wortbedeutungen ausmitteln, ſo muß über jedes Wort ein Lexicon geſchrieben werden, weil es dann grade ſo viele Bedeutungen giebt, als verſchiedene Wortverbindungen mit dem verbo quaest. vorgenommen werden können. Das Wort opus bedeutet alsdann auch millesimo loco Schellers Lexicon, und das Wort ius mein Recht auf Selbſtvertheidigung. Denn das letzte iſt auch ordinarii iuris, und ich kann mit vollem Recht ſagen: opus Schelleri, cui titulus inscriptus u. ſ. w.

Es ſind dieß keineswegs Kleinigkeiten und Subtilitäten. Der Eintritt in die Rechtswiſſenſchaft iſt ſchon an ſich finſter genug, und der Anfänger iſt ſchon durch die Natur der Sache zu oft genöthigt, ſein Gedächtniß zu überfüllen, als daß man es nicht für Pflicht halten müßte, aus allen Kräften dahin zu ſtreben, dem Verſtande deſſelben Nahrung zu geben, und ihm die Gedächtnißarbeiten zu erleichtern. Es bedarf daher auch keiner Entſchuldigung, wenn ich hier freymüthig die Begriffe eines Mannes prüfte, deſſen Schriften mir im Uebrigen ſtets lehrreich und merkwürdig bleiben werden.

Sechſte Abhandlung.

Erklärung der L. 22. §. ult. und der L. 23. D. de pignorat. act.

Die Pflicht, den, durch die Entwährung erlittenen Schaden zu vergüten, liegt nach bekannten Rechtsgrundſätzen nur dem ob, deſſen Rechte auf den Andern übertragen ſind, (dem Autor,) einige Fälle ausgenommen, da auch gegen den, durch welchen bloß die Uebertragung des Rechts geſchehen iſt, der Regreß Statt findet [1]. Der Gläubiger wird durch das Pfandrecht nicht Eigenthümer der Sache, und iſt daher, wofern er bey der Veräußerung derſelben ohne Betrug gehandelt hat, dem Käufer, im Fall der Entwährung, zu keinem Schadensersatz verpflichtet. Er iſt vielmehr als Bevollmächtigter des Pfandſchuldners anzuſehen, und dem Käufer iſt in der Regel nur gegen den Letzten der Regreß zu geſtat-

1) L. 4. §. 1. L. 50. ff. de eviction.; L. 11. §. 16. de act. emti; E. C. Weſtphals ſyſt. Erl. der R. Geſetze vom Pfandrechte §. 214. p. 308.

ten [2]. Doch kann der Gläubiger bey dem Verkauf die Verbindlichkeiten des Schuldners durch eine, hierauf gerichtete Stipulation, ganz, oder zum Theil, über ſich nehmen; in welchem Fall er aber, vermöge der Natur der Stipulation, nie zu etwas mehr, als wozu er ſich ausdrücklich anheiſchig gemacht hat, verbunden wird [3]. Vermöge dieſes Verſprechens kann nun der Käufer, nach erfolgter Entwährung, den Gläubiger unmittelbar in Anſpruch nehmen, und ſich, mit Vorbeygehung des Schuldners, allein an jenen halten; dem Gläubiger hingegen ſteht wieder, wegen geſchehener Leiſtung des Verſprochenen, der Regreß gegen den Verpfänder offen; doch unter gewiſſen Einſchränkungen. Der Gläubiger nämlich iſt verbunden, den Schuldner wegen jeder, in Anſehung des Pfandes begangenen groben und mäßigen Nachläſſigkeit ſchadlos zu halten, oder ſelbſt den Schaden zu tragen, den er ſich auf dieſe Weiſe zugefügt hat [4].

---

2) L. 10. ff. de distr. pign. L. 38. de eviction. L. 11. §. 16. ff. de act. emti venditi; Tit. C. cred. evict. pign. non debere. (VIII. 46.) *Hellfeld* de pactis evid. caussa initis §. 11. (in eius opusc. n. 15. p. 318.); *I. H. Boehmer* consult. et dec. p. 1. arg. 335. n. 52. sqq. Idem de usu pacti de praest. evict. c. II. §. VIII. (exerc. ad ff. T. IV. p. 49.)

3) L. 17. 36. 42. 43. 48. 56. §. 2. L. 60. ff. de eviction. L. 35. ff. de act. emti. L. 21. C. de evict. (VIII. 45.) *Hellfeld* l. c. §. 34. *I. H. Boehmer* doctr. de Action. S. II. C. 8. §. 70.

4) §. 4. I. quib. mod. re contr. obligatio; L. 13. §. 1. L. 14. ff. de pignor. act. L. 19. C. de pign. et hypoth.

Sowohl bey der Verwaltung, als der Veräußerung der verpfändeten Sache fordern die Geſetze gewöhnliche Vorſicht und Aufmerkſamkeit von ihm, und der Schuldner iſt ihm zur Erſetzung des Schadens nur in ſoweit gehalten, als er, bey fleißiger Verwaltung der Geſchäfte jenes, ſich wirklichen Nachtheil zugezogen hat.

Einen hieher gehörigen Fall entſcheidet Ulpian in dem §. 4. L. 22. D. de pignor. actione: „Si creditor, quum venderet pignus, duplam promisit, (nam usu hoc evenerat,) et conventus ob evictionem erat, et condemnatus: an haberet regressum pignoratitiae contrariae actionis? Et potest dici, esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit; si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendidit, quanti vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.“ Da in Praxi Fälle vorgekommen waren (nam usu hoc evenerat), daß der Gläubiger bey dem Verkauf der verpfändeten Sache dem Käufer, im Fall der Eviction, das Duplum verſprochen hatte: ſo entſtand jetzt die Frage, in wiefern ihm der Regreß gegen den

---

(VIII. 14.) *G. Noodt* probabil. L. 1. C. IV. *Crell* de custodia et periculo pign. §. 1. in f. §. 5 et 6. (in eius Dissert. Fasc. III. D. 16.) *G. A. Struvii* evolut. controv. L. XIII. T. 6. Th. 48. *Erxleben* princ. de iure pign. et hypoth. §. 160-62. *C. G. Wehrn* Doctrina iuris explicatrix princip. et causs. damni etc. Cap. III. p. 63. not. 21.; p. 139. not. 12.; p. 168. n. p.; p. 177. n. 31.

Schuldner zu geſtatten ſey? Ulpian macht einen Unterſchied, ob der Kauf mit Vorſicht und Klugheit, und mit zum Nutzen des Schuldners geſchloſſen iſt, oder nicht. Hat z. B. der Gläubiger bey der Veräußerung des Pfandes die Bezahlung des Dupli deßwegen über ſich genommen, weil er ohne dieſe Bedingung den Verkauf entweder gar nicht, oder nicht ſo vortheilhaft zu Stande bringen konnte: ſo kann ihm der Regreß auf keine Art verweigert werden. Denn erſtlich brauchte er nicht vorauszuſetzen, daß der Schuldner ihm die Sache eines Andern verpfändet habe; der Käufer würde zweytens, ohne jenes Verſprechen, den Schuldner ſelbſt in Anſpruch nehmen [5]; und endlich haben beide Theile, ſowohl der Verpfänder, als der Pfandgläubiger, Vortheil davon. Jener, indem er, nach Maßgabe des Kaufpreiſes, von ſeiner Schuld befreyt wird, und von dem Verkäufer den Ueberſchuß erhält; dieſer, indem er, ſo weit ſeine Forderung reicht, Eigenthümer des erhaltenen Kaufgeldes, und, in Anſehung ſeiner Anſprüche an den Schuldner, ganz, oder zum Theil befriedigt wird [6]. Iſt hingegen die Sache von dem Käufer ſo bezahlt, daß ſie zu eben

5) L. 74. §. 1. ff. de evit. L. 1. C. cred. evict. pign. non deb. (VIII. 46.)

6) L. 6. §. 1. L. 7. 24. §. 2. L. 42. ff. de pignor. act. L. 11. de acceptil. L. 9. §. 1. ff. de distr. pign. L. 66. in fin. de Solut. L. 1. et ult. C. de pignor. act. (III. 24.) L. 8. C. si cert. pet. (IV. 2.) L. 3. C. de distr. pign. (VIII. 28.)

demſelben Preiſe ohne Schwierigkeit hätte verkauft werden können: ſo iſt die Verpflichtung zur Wiedererſtattung des doppelten Kaufgeldes unnöthig, und der Schuldner iſt nicht verpflichtet, die nachtheiligen Folgen eines Verſprechens zu tragen, das weder ihm, noch dem Verkäufer in irgend einer Rückſicht vortheilhaft werden konnte. Der Pfandgläubiger kann folglich in dieſem Fall das erlegte Duplum nicht durch die act. pign. contraria zurückfordern; eine Entſcheidung, welche ſich ſo ſehr auf allgemein anerkannte Rechtsgrundſätze ſtützt, daß nur in einem Buche, worin die rationes dubitandi zum Weſen einer Geſetzerklärung gehören, die Billigkeit und Vernünftigkeit jenes Ausſpruchs im Ernſt in Zweifel gezogen werden kann.

Nicht ſo deutlich und einleuchtend iſt das folgende Fragment, welches aus den Diſputationen des Tryphoninus genommen iſt, und durch die Anfangsworte genau mit dem vorhergehenden zuſammenhängt: „Nec enim amplius a debitore, quam debiti summam, consequi poterit. Sed si stipulatio usurarum fuerat, et post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata, consecutus, victus eam emtori restituit: etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia nihil ei solutum esse 7), ut auferri non possit, palam factam

7) In einigen Ausgaben ſteht nach solutum esse: pro evictione, welche Leſart ſich aber nicht in der Florentina findet.

est. Sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniae praetii, quod ab emtore acceperat“ [8]).

Der verſtorbene Profeſſor Weſtphal findet das Geſetz etwas unbegreiflich, iſt aber am Ende doch geneigt zu glauben, daß darunter der Fall begriffen ſey: si nullum emolumentum talis venditio attulit. Hier müſſe der Gläubiger zufrieden ſeyn, wenn er nur einige Entſchädigung wegen des bezahlten dupli bekomme. Dieſe werde ihm dadurch gegeben, wenn er die Zinſen der Zwiſchenzeit ſo vergütet erhalte, als wenn er das Kaufgeld indeß nicht genutzt habe [9]).

Wenn das Geſetz wirklich dieſen Sinn hat, ſo verſtößt der Verfaſſer deſſelben offenbar gegen alle ſonſtigen Rechtsgrundſätze, und ſeine Barmherzigkeit gegen den Gläubiger iſt im Grunde die höchſte Ungerechtigkeit gegen den Pfandſchuldner. Die Forderung des Gläubigers war durch den Empfang des Kaufpreiſes getilgt, und er konnte von dieſem Augenblick an keine Zinſen mehr von dem Schuldner verlangen. Durch die Benutzung des Kaufpreiſes erhielt er eben das, was er würde erhalten haben, wenn der Schuldner ſelbſt das Pfand von ihm wieder eingelöſt hätte. Der Preis, den er für das

---

8) In den Baſiliken (L. XXV. T. 1. 23.) iſt das Geſetz ſo abgekürzt: Petit autem debitum, et usuras ex stipulatione ex die venditionis in diem evictionis. Sed si simplum praestitit, usuras non petet, quia pretio usus est.

9) Weſtphals Pfandrecht §. 214. p. 312.

Pfand erhielt, war ſo niedrig, daß er nicht genöthigt war, noch obendrein die Verpflichtung zur Bezahlung des dupli über ſich zu nehmen. That er es dennoch, ſo entſpringt aller Schaden, welchen er dadurch leidet, zuletzt aus ſeiner eignen Unvorſichtigkeit: quod quis autem ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire [10]). Allein geſetzt auch, daß in dieſem Fall ſich ein beſondrer Grund denken ließe, warum der Pfandgläubiger mit Schonung zu behandeln ſey: ſo würde doch ohne allen Zweifel kein Römiſcher Juriſt ſich eine ſolche ſchwankende Entſcheidung haben zu ſchulden kommen laſſen. Selbſt die Kaiſer, wo ſie der Billigkeit etwas nachgeben zu müſſen glauben, ziehen doch wenigſtens immer eine ſcharfe Grenze, und die Entſcheidung verwickelter und zweifelhafter Fälle beruht im ganzen Römiſchen Rechte ſtets auf einem feſten und beſtimmten Princip [11]). Die vorliegende Entſcheidung hingegen iſt durchaus ſchwankend, und bald dem einen Theile, bald dem andern, drückend, oder vortheilhaft. Denn entweder ſoll der Gläubiger die Zinſen auf jeden Fall

---

10) L. 203. ff. de Reg. Iur.

11) L. 11. in fin. ff. de negot. gest. L. 13. §. 14. L. 42. ff. loc. cond. L. 40. 41. 42. 43. ff. de hered. instit. L. 31. de manumissis testam. L. 27. ff. de reb. dub. §. 4. I. de donat. Tit. C. de commun. serv. manum. (VII. 7.) L. 50. ff. de lib. caussa *M. Berlich* conclus. p. 1. 49. *G. G. Leibnitz* diss. de casibus perplexis Frankf. 1672. (in eius opp. ed. Dutens T. IV. p. 45.) §. 24. 27. 28.

fordern können, oder nicht. Iſt jenes, ſo kann ihm das Geſetz bald gar keinen Vortheil bringen, bald den Schuldner aufs Aeußerſte belaſten. Wir wollen ſetzen, daß (nach Römiſchem Rechte) bey der Anleihe dem Gläubiger 8 Procent ſtipulirt ſind. Jetzt veräußert er das Pfand, und verſpricht, nach erfolgter Eviction das duplum zu bezahlen. Wird nun am folgenden Tage dem Käufer die Sache abgeſtritten, ſo muß er ſein Verſprechen erfüllen, ohne irgend etwas von dem Schuldner wiederfordern zu können. Erfolgt hingegen die Eviction nach 20 Jahren, ſo verliert der Gläubiger durchaus gar nichts, und der Schuldner allein trägt alle nachtheiligen Folgen jenes zweckloſen und unvorſichtigen Verſprechens. Außerdem würde nach dieſer Erklärung der letzte Theil des Geſetzes eben ſo unbillig und widerſprechend ſeyn, als der erſte. Der Juriſt ſagt ſchlechthin: sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione. Nun aber laſſen ſich offenbar ſehr viele Fälle denken, wo er bey der Zurückbezahlung des erhaltenen Kaufpreiſes weit mehr, als bey der Leiſtung des dupli verliert; z. B. wenn er das simplum nach Einem Jahre, das duplum nach 25 Jahren zurückgiebt. Im letzten Falle kann er von den, in der Zwiſchenzeit eingenommenen, und vom Schuldner erhaltenen Zinſen das ganze duplum bezahlen; im erſten Fall hingegen nur höchſtens $\frac{4}{25}$ des einfachen Werths. Die ganze Entſcheidung iſt daher äußerſt widerſprechend, und unbillig. — Soll aber der Schuldner die Zinſen nicht unbedingt,

ſondern nur bis zu einer gewiſſen Summe, oder bis zu einer gewiſſen Zeit fordern können (wodurch eigentlich jene Widerſprüche ebenfalls nicht gehoben werden): ſo iſt durch das Geſetz nichts entſchieden, denn das quinquennium wird offenbar nur zum Beyſpiel angenommen, außerdem aber findet ſich keine Spur einer Regel, wodurch dem Rechte, Zinſen zu fordern, beſtimmte Grenzen geſetzt wären.

A. Faber [12]) ſucht, mit den Gloſſatoren, das Geſetz von einer andern Seite darzuſtellen. Er verſteht es von dem Falle, wenn der Verkäufer die Bezahlung des dupli ohne Unvorſichtigkeit übernommen hat: denn wenn er ſich in einer ſtrafbaren culpa befinde, ſo könne er von dem Schuldner nichts zurückverlangen [13]). Wenn der Gläubiger daher aus guten Gründen beym Verkauf die Zurückgabe des doppelten Kaufpreiſes ſtipulirt habe; ſo ſey der Schuldner auf allen Fall gehalten, ihm die Zinſen der Zwiſchenzeit zu bezahlen, auch wenn die Eviction erſt nach 20 und mehr Jahren erfolge. Denn wenn die Sache gleich nach dem Verkauf evinzirt werde, ſo müſſe ja der Gläubiger allen Schaden allein tragen. Dafür ſey nun aber auch der Schuldner ohne alle Einſchränkung verpflichtet, die Zinſen zu erlegen, ſelbſt wenn dieſe das duplum überſtiegen. Der Schuldner leide zwar im letzten Falle großen Schaden, allein in

12) Rational. ad ff. ad L. 23. cit.

13) Ibid. ad L. 22. §. vlt. in fin.

andern Fällen gewinne er auch offenbar. Man müſſe beides gegen einander aufheben, und der Schuldner dürfe in dem einen Falle das Geſetz nicht unbillig nennen, wenn es ihm bey andern Gelegenheiten erlaubt ſey, zu ſeinem eignen Vortheil Gebrauch davon zu machen [14].

Daß der Gläubiger, in ſofern er, ohne wahrſcheinlichen Gewinn, die Evictions-Leiſtung verſprochen hat, auch nicht einmal das simplum vom Schuldner fordern kann, hat allerdings ſeine Richtigkeit. Er verliert den Kaufpreis, der zur Tilgung ſeiner Forderungen hinreichte, durch eigne Schuld, und kann ſich daher nicht durch die act. pign. contr. an den Schuldner halten [15]; wenn er auch gleich nach Ceſſion der Klage des Käufers (act. emt. util.), oder durch die act. negot. gest. contraria ſich auf andre Weiſe ganz, oder zum Theil ſchadlos halten kann. Allein wenn einmal der Gläubiger allen Schaden tragen ſoll, welcher aus ſeiner Unvorſichtigkeit erwächſt; ſo muß der Schuldner eben ſo gehalten ſeyn, allen Schaden zu erſetzen, den der Gläubiger als Bevollmächtigter leidet, ohne ihn ſich durch ſeine eigne Nachläſſigkeit zugezogen zu haben [16]. Die vorliegende Entſcheidung iſt aber dieſer Regel durchaus zuwider. Denn

---

14) Arg. L. 10. ff. de R. I. L. penult. C. de solution. (VIII. 43.) L. 12. C. de inoff. test. (III. 28.)

15) L. 5. pr. L. 7. §. 2. L. 8. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. L. 7. C. de remiss. pign. (VIII. 26.)

16) Arg. L. 2. ff. de negot. gest. L. 61. §. 5. ff. de furt. *Wehrn* l. c. p. 184-87.

der Gläubiger kann nur in Einem einzigen Falle wieder zu dem Seinigen kommen, da hingegen der Schuldner in unzähligen Fällen wenigſtens immer einigen Vortheil hat. Der Gläubiger ſoll freilich dafür, daß er durch die Zinſen oft weniger als die Hälfte des dupli empfängt, (denn nach Fabers Meynung hat er wegen der andern Hälfte ohnehin den Regreß), in jedem Fall alle, in der Zwiſchenzeit zahlbar geweſenen Zinſen, fordern können, auch wenn ſie mehr als die Summen des dupli betragen; allein dieß kann nicht Statt finden, da in der Regel die Zinſen das Capital nicht überſteigen dürfen [17]), und der Gläubiger alſo nie mehr, als aufs Höchſte den einfachen Kaufpreis durch die Zinſen vergütet erhalten kann. Es giebt folglich nur Einen Fall, wo ihm durch den Verpfänder der erlittene Schaden erſetzt wird, während daß ſich die Zahl der Fälle, wo er verliert, gar nicht berechnen läßt. Der Schuldner, der nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen zur Erſtattung des ganzen Schadens verbunden wäre, kann auf dieſe Art ſehr oft gewinnen; der Gläubiger auch nicht Ein einziges Mal, indem er von dem Schuldner nie mehr an Zinſen, als die Hälfte des dupli, d. h. deſſen, was er aus ſeinem eignen Vermögen hergegeben hat, erhalten kann.

Allein geſetzt auch, daß die möglichen Fälle, in

---

17) L. 10. C. de usur. (IV. 52.) Nov. 121. C. 1. et 2. *F. E. Pufendorf* Tom. I. Obs. 14. Struben rechtl. Bed. 1 Th. 123. B. 3. Th. 33. B. *Leyser* Sp. 248.

denen der Schuldner gewinnen oder verlieren kann, gegeneinander in gleichem Verhältniß ſtänden (welches, was Faber überſehen zu haben ſcheint, allenfalls dadurch geſchehen kann, daß der Gläubiger, wegen Benutzung des Kaufgeldes, eigentlich doppelte Zinſen erhält, wiewohl hier im Grunde die Unbilligkeit auf die entgegengeſetzte Seite übertragen würde); ſo wäre doch der Knoten durch jene Entſcheidung nur auf eine willkührliche Art zerſchnitten. Daß der Verkäufer, als Bevollmächtigter des Pfandgläubigers, von dem letzten die Erſtattung jedes Schadens fordern kann, ſobald er nur den Handel mit der erforderlichen Vorſicht geſchloſſen hat, iſt nach den gewöhnlichen Rechtsgrundſätzen, völlig ausgemacht [18]). Von dieſer Regel ſoll nun aber im vorliegenden Fall, — vielleicht weil beiden Theilen durch den Verkauf geholfen wird, — eine Ausnahme gemacht werden. Der Grund der Entſcheidung iſt: beide müſſen den Schaden zu gleichen Theilen tragen. Denn dem Gläubiger werden die Zinſen der Zwiſchenzeit nur deßwegen uneingeſchränkt zugeſprochen, damit zwiſchen ihm und dem Schuldner, Wahrſcheinlichkeit gegen Wahrſcheinlichkeit gerechnet, ein völlig gleiches Verhältniß Statt finde. Dieſes gleiche Verhältniß wird nur der Gerechtigkeit und Billigkeit wegen feſtgeſetzt. Die Bil-

18) L. 15. L. 20. ff. mand. L. 13. C. eod. L. 10. de R. I. *Lauterbach* coll. theor. pr. L. 17. T. 1. §. 36. *Hahn* ad Weſenbec. L. 17. T. 1. n. 10.

ligkeit eines Geſetzes iſt nur dann vollkommen, wenn im Allgemeinen, und in jedem einzelnen Falle ein gleiches Verhältniß dadurch hervorgebracht wird. Dieß zu erreichen, wenigſtens ſoweit es ſich thun läßt, iſt eine Pflicht, welcher ſich der Geſetzgeber nicht entziehen kann. Der Juriſt wollte, nach Fabers Meynung, beide Theile auf gleiche Weiſe ſchonen, und jedem gleiche Laſten auflegen. Er hätte daher, wenn es ihm darum zu thun war, geradezu ſo entſcheiden müſſen: wenn der Gläubiger durch die Stipulation des dupli des Schuldners Vortheil wirklich befördert, und unter dieſer Bedingung einen höheren Kaufpreis erhalten hat: ſo ſoll, nach erfolgter Eviction, 1) der Schuldner dem Gläubiger unbedingt die Hälfte des dupli bezahlen, da der Käufer aufs Wenigſte eben dieß von ihm erhalten haben würde, wenn der Verkäufer nicht die Verbindlichkeiten des Autors übernommen hätte; 2) die andere Hälfte aber ſoll unter beide gleich vertheilt werden, und der Schuldner erſtattet dem Gläubiger daher auf allen Fall $\frac{3}{4}$ des doppelten Kaufpreiſes, aber keine Zinſen, weil die in der Zwiſchenzeit von dem Kaufgelde gezogenen Nutzungen in Anſchlag gebracht werden müſſen. — Auf dieſe Art wäre der Schaden in jedem einzelnen Falle getheilt, und das Geſetz nie dem einen Theile auf Unkoſten des andern vortheilhaft. Die Faberſche Entſcheidung hingegen beruht auf einer falſchen Spitzfindigkeit, und ſtützt ſich auf ein Princip, das alle eigentlichen Rechtsgrundſätze vernichtet, und bloße Willkühr an die Stelle der Gerech-

tigkeit ſetzt. Denn dieſer Entſcheidung zufolge wird nur dadurch beiden Theilen gleiches Recht eingeräumt, weil beide gleiche Wahrſcheinlichkeit haben, für das, was ſie jetzt zu wenig erhalten, ein anderes Mal zu viel zu empfangen. Zu viel Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit werden daher gleichſam als poſitive und negative Größen addirt, grade als wenn die Billigkeit das Facit dieſer Berechnung wäre. Faber meynt zwar, es ſchicke ſich nicht, ein Geſetz in dem einen Falle unbillig zu nennen, wenn man es in andern Fällen offenbar zu ſeinem Vortheil benutzen könne; allein ein ſolches Argument kann in ſeiner Allgemeinheit höchſtens nur für den gelten, der bloß Gewinn vor Augen hat. Wer es für unrecht hält, zu viel zu nehmen, kann ſich ſehr gut, und ohne Unſchicklichkeit beklagen, wenn ihm zu wenig gegeben wird. Mit der Feſtſetzung jenes Princips hingegen iſt im Grunde alle Gerechtigkeit aufgehoben. Der Vater kann das Vermögen ſeines Sohnes nach Belieben verſchwenden, weil dieſem, wenn er Vater wird, daſſelbe frey ſteht; der Eigenthümer kann nicht vindiziren, weil er, als bonae fidei possessor, ſelbſt Vortheil davon hat; der Pachter präſtirt keine culpa, und der Verpachter kann nicht darüber klagen, weil das Geſetz im umgekehrten Falle ja offenbar zu ſeinem Vortheil ſpräche: kurz! es läßt ſich aus dieſem Grundſatze jede Ungereimtheit vertheidigen. Vielleicht iſt der Geſetzgeber zuweilen durch die Nothwendigkeit gezwungen, z. B. um weitläuftige und unbedeutende Streitigkeiten aus den Gerichten zu

verbannen, den Knoten auf dieſe Weiſe zu zerhauen: aber nur, wenn gar kein beſſerer Ausweg übrig iſt [19]. Im vorliegenden Fall aber läßt ſich eine weit billigere und vernünftigere Entſcheidung denken, und eben deßwegen iſt die des Tryphonin, wenn das Geſetz wirklich jenen Sinn hat, durchaus zu verwerfen.

Noch weniger Troſt findet man bey andern, welche die Erklärung des angezogenen Fragments verſucht haben. *Alteserra* in ſeinen recitationibus quotidianis in Claudii Thryphonini Libros XXI. Disputationum. Tolosae 1679. ſagt darüber T. 1. p. 51: „Sed si nomen fuit usurarium, id est sub stipulatione usurarum debitum, et post quinquennium forte, quam creditor pignus vendidit, interposita stipulatione duplae, secuta evictione duplam ex stipulatione praestiterit, etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia non videtur pretium pignoris creditori solutum, quod coactus est reddere, sequuta evictione pignoris venditi. Nec videtur creditor medio tempore habuisse usum pecuniae, ob praestationem duplae, quae usuras quinquennii excedit. — — — Et hoc est, quod subobscure ait Tryphoninus: nihil ei solutum esse pro evictione, ut auferri non

---

19) Fälle dieſer Art kommen wohl im Römiſchen Rechte vor, z. B. L. 25. §. 6. ff. locat. cond. L. 17. C. de usur. (IV. 32.) Allein es treten dabey beſondere Rückſichten ein, und man würde ſehr unrecht thun, wenn man aus ſolchen einzelnen Beyſpielen gleich allgemeine Regeln bilden wollte.

possit, id est, nihil videri solutum, quod non ita solutum est, ut auferri non possit, sequuta evictione. Sed si simplum praestiterit, non potest petere usuras medii temporis, et si petat, repellitur exceptione doli mali, quia habet usum pecuniae pretii pignoris, quod ab emtore accepit, et usus pecuniae pretii est vice usurarum.“ Ich brauche kaum zu erinnern, daß dieſe ganze Stelle eine bloße wortreiche Paraphraſe iſt, welche, da der Verfaſſer derſelben die Schwierigkeiten des Textes entweder nicht merkte, oder nicht merken wollte, durchaus nicht als eine eigentliche Erläuterung angeſehen werden kann. Eben ſo giebt Pothier (Pandectae Justinian. T. 1. p. 398. Edit. Lugdun. 1782.) bloß die Frage als Antwort zurück, indem er ſich allein darauf einſchränkt, Tryphonins Worte abzuſchreiben, und dieſe, ſofern ſie einzeln genommen, klar ſind, mit ein Paar unbedeutenden Anmerkungen zu begleiten.

Andre, von denen man wohl eine Erklärung des Geſetzes hätte erwarten oder verlangen können, z. B. Huber, Noodt, Voet und Brunnemann, übergehen daſſelbe ganz mit Stillſchweigen. In dem Hommelſchen corp. iur. cum not. varior. ſind bloß die Baſiliken angeführt.

Nach Weſtphals und Fabers Erklärungen hebt die L. 23. den §. 4. der L. 22. augenſcheinlich auf, und es iſt ſchon aus dieſem Grunde zu vermuthen, daß mit der erſten ein andrer Sinn zu verbinden ſey. Daß dem wirklich ſo iſt, läßt ſich ohne Mühe darthun, ſobald nur

beide Geſetze nicht als ein völlig zuſammenhängendes Raiſonnement über einerley Fälle angeſehen werden. Um nichts zu übergehen, werde ich das Geſetz wörtlich erklären.

Die Anfangsworte: nec enim amplius a debitore, quam debiti summam consequi poterit, ſind eigentlich nur eine allgemeine Regel, worauf ſich die Entſcheidung des vorhergehenden Geſetzes ſtützt, obgleich Tryphonin einen ganz andern Satz dadurch bekräftigt haben mag. Es iſt bekannt genug, wie ſehr ſich die Verfertiger der Pandekten in dieſer Excerpiermethode, die bey ihnen oft ins Lächerliche und Geſuchte ausartete [20]), gefielen, und wir brauchen uns nicht länger dabey zu verweilen. Sed si stipulatio usurarum fuerat, d. h. wenn der verkaufende Pfandgläubiger außer dem, bey dem Verkauf (durch ein pactum adiectum, wovon vorhin die Rede war) verſprochenem Duplo, auch noch durch eine Stipulation die Zurückgabe der, in der Zwiſchenzeit von dem Kaufpreiſe gezogenen Zinſen verſpricht. Es war zwar bey den Römern gewöhnlich, daß auf den Fall der Eviction bloß das Duplum verſprochen wurde [21]); allein die Geſetze beſtätigen ausdrücklich, daß der Wille der

20) Vergl. z. B. L. 10 et 11. ff. de pact. L. 20 et 21. de LL. L. 3. 4. 5. 6. 7. de publ. in rem act. L. 53 et 34. de pecul.

21) *Hellfeld* de pact. ev. caussa init. §. 34. Weſtphals Lehre des gem. Rechts über Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzinscontract, §. 192-197.

Parteyen hievon nach Gutbefinden Ausnahmen machen könne. Si plus vel minus, ſagt Hermogenian, quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari convenerit, placitum custodiendum est [22]). Daß der Käufer ſich die Zurückgabe des doppelten Kaufpreiſes nebſt den Zinſen von dem Pfandgläubiger verſprechen ließ, war eben ſo natürlich, als daß dieſer, um die Sache höher auszubringen, jenes Verſprechen that. Denn ohne die Stipulation des Gläubigers konnte der Käufer, im Fall der Entwährung, von dem Schuldner, als Autor der Sache, nur das Simplum nebſt dem Intereſſe zurückverlangen [23]). Der Beweis des Intereſſe iſt aber mit großen Schwierigkeiten verknüpft [24]). Er konnte ſich daher nur durch die Stipulation des Verkäufers gegen allen möglichen und muthmaßlichen Schaden ſichern, und dieſer durfte ohne Bedenken ein ſolches Verſprechen thun, ſobald er nur dadurch die Sache unter vortheilhafteren Bedingungen verkaufte. Denn daß die Eviction wirklich erfolgen, und ſeine Verbindlichkeit wirkſam machen werde, brauchte er nicht vorauszuſetzen. Geſchah dieß inzwiſchen, ſo ſtand ihm ja ſtets der Regreß gegen den Verpfänder offen, und er hatte, auf allen

22) L. 74. pr. ff. de evict. vide L. 56. ibid.

23) L. 8. 60. 66. 70. ff. de evict. L. 21. in fin. L. 29. C. eod. L. 43. L. 45. ff. de act. emt. — Bey dem gerichtlichen Pfandrechte auch nicht einmal das Intereſſe: L. 74. §. 1. ff. de evict.

24) *Mascard* de probation. Concl. 929.

Fall, nur einige Weitläuftigkeiten, aber nie wirklichen Schaden von ſeinem Verſprechen zu befürchten.

War nun wirklich eine ſolche Stipulation zu Stande gekommen, ex post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata consecutus erat, victus emtori eam restituit, und hatte der Gläubiger z. B. fünf Jahre nach dem Empfange des Kaufpreiſes (denn nur von dieſer Zeit an iſt er Zinſen zu geben ſchuldig) die Dupla nebſt den Zinſen (eam) 25) dem Käufer reſtituiren müſſen: etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia nihil ei solutum esse, ut auferri non possit, palam factum est: in dieſem Falle ſoll der Gläubiger auch die Zinſen der Zwiſchenzeit von dem Schuldner fordern können, weil er durch den richterlichen Spruch in die Nothwendigkeit verſetzt worden iſt, dem Käufer alles herauszugeben, was er in Rückſicht des Pfandes eingenommen hat. Der Gläubiger hatte zwar den Kaufpreis

---

25) Man kann hier entweder annehmen, daß der Juriſt, bey dem Worte: *eam*, pecuniam, summam, oder quantitatem, welche Ausdrücke ſonſt gewöhnlich geſetzt zu werden pflegen, ausgelaſſen hat; oder daß er es auf die Dupla bezieht, und darunter die Zinſen als Acceſſorium mit begreift. Daß das Wort: restituere hiebey gar keine Schwierigkeiten macht, erhellet aus vielen Geſetzen, z. B. L. 35. ff. de V. S. restituere autem is intelligitur, qui simul et caussam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est, et usucapionis caussam, et fructus. Ferner L. 22. L. 75. L. 246. §. 1. ibid. L. 17. §. 1. L. 20. de R. V. L. 38. §. 11. de usuris.

in der Zwiſchenzeit genutzt, allein da er, vermöge der Stipulation, verpflichtet war, dem Käufer die eingenommenen Zinſen zurückzugeben: ſo behielt er nichts von dem, was er gewonnen hatte, und mußte überdieß noch die Hälfte des Dupli aus ſeinem eignen Vermögen herſchießen. Er kann daher, außer dieſem Duplo, auch noch (etiam) die Zinſen, welche ihm der Schuldner von der Zeit des Verkaufs, bis zur Eviction hätte bezahlen müſſen, einfordern: denn erſt dadurch gelangt er zur gänzlichen Erſetzung ſeines Verluſtes.

Daß das Geſetz, vermöge dieſer Erklärung genau mit dem vorhergehenden zuſammenhängt, iſt eben ſo einleuchtend, als, daß die Entſcheidung des Tryphonin auf den ausgemachteſten Rechtswahrheiten beruht. Das Pfandrecht iſt eigentlich nichts weiter, als ein bedingtes Veräußerungsrecht [26]), und alle Grundſätze, welche von dem Bevollmächtigten, oder Geſchäftsführer gelten, ſind auch auf den veräußernden Gläubiger anwendbar. Er muß daher, ſowohl als jene, die gehörige Aufmerkſamkeit und Sorgfalt beobachten, und den, aus ſeiner Nachläſſigkeit entſtehenden Schaden entweder ſelbſt tragen, oder dem Schuldner vergüten [27]); allein dagegen

---

26) §. 1. I. quib. al. lic. vel non; L. 14. C. de distractione pign. (VIII. 28.) L. 1. 2. C. deb. vend. pign. impedire non posse (VIII. 29.)

27) L. 9. 13. 21. C. mandat. (IV. 36.) L. 22. §. 1. ff. eod. L. 6. §. 11. L. 21. §. 2. ff. de negot. gest. L. 20. C. ibid. (III. 19.)

erſetzt auch dieſer im umgekehrten Falle alles, was dem Gläubiger bey ſorgfältiger Verwaltung ſeines Geſchäfts entgeht [28]), ohne Rückſicht, ob er zur Zeit der Klage wirklichen Vortheil davon hat, oder nicht, ſobald ihm nur die Handlungen des Gläubigers nützlich waren, oder werden konnten [29]). Alle die Grundſätze paſſen genau auf den Fall, von welchem im Geſetze die Rede iſt. Der Gläubiger hätte durch das Verſprechen, zufolge deſſen er das Duplum nebſt den Zinſen der Zwiſchenzeit dem Käufer zu reſtituiren gezwungen war, des Schuldners Vortheil wirklich befördert, wenn die Eviction nicht wider Vermuthen erfolgt wäre. Daß dieß geſchah, war nicht ihm, ſondern vielmehr dem Schuldner beyzumeſſen, der ſich um ſo weniger dem Schadenserſatz entziehen kann, da der ganze Verluſt, welchen der Gläubiger leidet, urſprünglich aus Handlungen entſtand, welche auf den Vortheil des Verpfänders abzielten, und nur zufällig ihres Endzwecks verfehlten.

Es ſtehen nun aber im vorliegenden Fall dem Gläubiger hauptſächlich zwey Klagen gegen den Schuldner zu, und zwar: 1) die Klage aus dem Rechte, zu deſſen Sicherung das Pfand eingeräumet wurde: con-

28) L. 15. 20. 27. pr. ff. mand. §. 1. I. de obl. quae quasi ex c. nasc. L. 2. L. 19. §. 4. L. 45. pr. ff. de negot. gestis. L. 18. C. ibid.

29) Arg. L. 10. §. 1. ff. de reg. gest. L. 8. pr. ff. de pignor. act.

Bayerische Staatsbibliothek München

dictio certi ex mutuo; actio ex stipulatu; condictio ex litteris u. ſ. w. 2) die actio pignoratitia contraria.

Nämlich, die Perſonalforderungen des Gläubigers waren zwar durch den erhaltenen Kaufpreis befriedigt; allein nach der Zurückgabe deſſelben lebten alle Verbindlichkeiten des Schuldners wieder auf [30]). Die Zurückgabe geſchah auf eine rechtmäßige Weiſe, und konnte nicht von dem Schuldner angefochten werden. Der Gläubiger verlor dadurch alles, was er eingenommen hatte. Da nun aber das, was reſtituirt werden muß, als nicht empfangen betrachtet wird [31]): ſo wird der Schuldner durch die Entwährung in eben den Stand zurückverſetzt, in welchem er ſich würde befunden haben, wenn er, ohne die Hauptſchuld abzutragen, fünf Jahre hindurch die Zinſen zurückgehalten hätte [32]). Die Hauptſchuld hängt nicht von der Exiſtenz des Pfandes ab, und wird nicht durch den Untergang, den Verluſt oder Verkauf der Sache aufgehoben [33]). Vermöge derſelben, ſo

30) L. 12. ff. de distr. pign.

31) L. 20. L. 46. L. 98. pr. et §. 1. ff. de solut. L. 71. de V. S. L. 51. de R. I. L. 8. C. de sentent. et interloc. (VII. 45.)

32) Daß Tryphonin ein debitum usurarium vorausſetzt, verſteht ſich wohl ohne meine Erinnerung.

33) §. ult. I. quib. mod. re contr. obl. L. 5. 6. 7. 8. 9. ff. de pign. act. L. 9. C. ibid. (IV. 24.) L. 25. C. de pignor. (VIII. 14.) *Erxleben* princ. de iur. pignor. et hypoth. §. 12. et 51. Weſtphals Pfandrecht §. 14.

wie ſie hier vorausgeſetzt wird, iſt der Gläubiger berechtigt, ſowohl Capital, als Zinſen vom Schuldner einzufordern, wogegen dieſer nur in ſo weit eine Exception vorſchützen kann, als der Gläubiger durch den Verkauf der verpfändeten Sache befriedigt worden iſt [34]. Durch die Bezahlung des Dupli nebſt den Zinſen verliert aber der Gläubiger alles Erhaltene. Er kann ſich daher nichts auf ſeine Forderung anrechnen laſſen, und ſteht jetzt in Rückſicht ſeines Hauptrechts in eben dem Verhältniß zu dem Schuldner, als wenn dieſer fünf Jahre die Zinſen zu bezahlen verſäumet hätte.

Daß dieſe, aus der Hauptverbindlichkeit entſtehende Klage nicht hinreichend ſey, um ihm zur völligen Erſetzung ſeines Schadens zu verhelfen, iſt von ſelbſt einleuchtend. Denn vermöge derſelben iſt er nur berechtigt, das Capital nebſt den rückſtändigen Zinſen vom Schuldner einzufordern, und allenfalls auch ſein Intereſſe in Anſchlag zu bringen [35]. Da nun aber in dieſem Fall unter dem Titel des Intereſſe die Hälfte des Dupli nicht gefordert werden kann, weil er nicht in Rückſicht der Verbindlichkeit, woraus er klagt, ſondern in einer andern Qualität (als Pfandgläubiger) Schaden gelitten hat, und alſo jene

34) L. 9. pr. et §. 1. ff. de distr. pign. L. 3. C. eod. Tit. (VIII. 28.) Weſtphal l. c. §. 213. *J. Voetius* comment. ad Pand. L. XIII. T. 7. §. 6.

35) L. 2 et 3. ff. de reb. cred. L. 24. ff. de praescr. verb. L. 3. C. de usur. (IV. 32.) *Wehrn* l. c. §. 58.

Forderung in dieſer Klage auf keine Weiſe rechtlich begründet werden kann; ſo erhält er durch dieſelbe nichts weiter, als das Capital (das Simplum), nebſt allen, für die Zwiſchenzeit zu erlegenden Zinſen.

Ob der Gläubiger durch die act. pign. contr. das ganze Duplum nebſt den Zinſen, oder nur die Hälfte des Dupli, vom Schuldner einklagen könne, und ob Tryphonin dieſe Klage im Sinn habe, ſcheint auf den erſten Anblick zweifelhaft zu ſeyn. Um das Erſte zu bejahen, müßte man annehmen, daß die Hauptſchuld durch den erhaltenen Kaufpreis unwiderruflich getilgt ſey, und daß die ganze Evictionsleiſtung des ehemaligen Gläubigers nur in Auslagen beſtehe, welche dieſer, als bevollmächtigter Verkäufer, einſtweilen aus ſeinem eignen Vermögen für den Schuldner mache. Alsdann fiele die cond. certi ex mutuo ganz weg, oder, wie man auch annehmen könnte, wenigſtens nach geſchehener Leiſtung deſſen, was durch die act. pign. contr. gefordert wird; und zwar könnten im letzten Fall nach dem heutigen Gerichtsgebrauch beide Klagen cumulirt werden. Daß eine ſolche Vorausſetzung allenfalls zuzulaſſen ſey, iſt nicht zu leugnen [36]. Denn der Verkäufer iſt der beſte Ausleger ſeines eignen Willens, und ſeine Abſicht bey der Stipulation konnte eben ſo gut dahin gehen, in der Eigenſchaft eines Bevollmächtigten für den Schuldner einen Vorſchuß zu machen, als, die erhaltene Haupt-

36) Vergl. L. 22. §. ult. ff. de pign. act.

ſchuld wieder zurückzugeben. Auch iſt kein Widerſpruch darin, daß im zweyten Fall durch beide Klagen, einzeln genommen, mehr, als die ganze Schuld beträgt, gefordert werden kann, da dieß bey dem Concurſe mehrer Klagen faſt immer Statt findet. Allein es iſt dennoch aus manchen Gründen zu behaupten, daß Tryphonin hier unter der Regreßklage nicht die actio pign. contrar., ſondern die cond. certi ex mutuo verſtanden habe. Denn er nimmt an, daß das Pretium reſtituirt ſey. Eben dadurch lebt die ehemalige Hauptverbindlichkeit wieder auf. Das Recht zu klagen, wird einer befriedigten Forderung gleich geachtet [37]. Vermöge derſelben kann der Gläubiger Capital und Zinſen fordern. Der eigentliche Schaden des Verkäufers, deſſen Erſtattung der Hauptzweck der act. pign. contraria iſt [38], beſteht daher nur darin, daß ihm, nebſt dem Pfande, die Hälfte des Dupli aus ſeinem eignen Vermögen entgeht. Da aber Tryphonin nur von dem Regreß in Rückſicht der Zinſen handelt, ſo konnte er zu dieſem Behuf nur die cond. certi ex mutuo zulaſſen, welches um ſo mehr anzunehmen iſt, da er in eben demſelben L. 8. Disputationum, woraus das vorliegende Geſetz gezogen iſt, in einem ähnlichen Falle dem Pfandgläubiger ausdrücklich

---

37) L. 15. de R. I. qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.

38) Schmidts Lehrb. von den gerichtl. Kl. und Einr. §. 825. und 828. *Boehmer* doctr. de Action. S. II. c. VIII. §. 36.

jene Klage reſtituirt [59]. Beide Klagen alſo, die cond. certi ex mutuo, und die act. pignor. contrar., concurriren hier cumulative, und nur durch beide zuſammengenommen kann ſich der Gläubiger gegen allen Schaden ſichern. Durch jene fordert er das geliehene Capital nebſt den fälligen Zinſen, durch dieſe die Hälfte des Dupli, als damnum emergens, und allenfalls auch die Einräumung eines neuen Pfandes, in wiefern die Hauptſchuld nicht abgetragen wird. Er verliert daher in keiner Hinſicht etwas von ſeinem Vermögen, und alle nachtheiligen Folgen ſeiner Interceſſion fallen zuletzt allein auf den Verpfänder zurück.

„Sed si simplum praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emtore acceperat.“ Dieſer Schluß des Geſetzes beruht, wie leicht einzuſehen, auf eben den Grundſätzen, auf welche die beiden vorhergehenden Entſcheidungen ſich gründen. Denn wenn der Pfandgläubiger nach erfolgter Entwährung das bloße simplum zurückgegeben hat, ſo hat er ſchon durch die

---

59) L. 12. ff. de distract. pign. et hyp. verbis: Quodsi non ita vendidit, ut certum sit, omnimodo pretium apud eum remansurum, verum obligatus est ad id restituendum: arbitror, interim quidem nihil a debitore peti posse; sed in suspenso haberi liberationem. Verum si, actione ex emto conventus, praestitisset creditor emtori, debitum persequi eum a debitore posse, quia apparuit, non esse liberatum. Adde L. 9. eod. Tit.

Benutzung des Kaufpreiſes die Zinſen der Zwiſchenzeit erhalten, und kann alſo, da er ſich dieſe auf ſeine Forderung abrechnen muß [40]), durch die exceptio doli mit ſeinem ungebührlichen Geſuch abgewieſen werden [41]). Er behält indeß immer das Recht, durch die cond. cert. ex mutuo auf die Bezahlung des Capitals, und durch die act. pignor. contrar. auf die Beſtellung eines neuen Pfandes zu dringen, und beide Klagen alternativ in einem Libell zu cumuliren [42]).

Es ſind alſo nach dieſem allen drey Fälle, welche dem §. ult. L. 22. und der L. 23. entſchieden werden: 1) wenn der Verkäufer das duplum; oder 2) das duplum nebſt den Zinſen der Zwiſchenzeit; oder endlich 3) wenn er das bloße simplum nach eingetretener Entwährung reſtituirt hat. Die Entſcheidung dieſer verſchiedenen Fälle beruht, nach der bisherigen Erörterung, auf Einem Princip, und beide Geſetze ſtehen in dem genaueſten Zuſammenhange; während daß ſich nach der gewöhnlichen Erklärung beide ſchlechterdings widerſtreiten, und die Meynung des Tryphonin ihr zufolge nichts als Sonderbarkeiten enthält, die nur dann als ius scriptum vom Richter angenommen und befolgt werden können, wenn alle andern Erklärungsarten als unzulänglich befunden

40) L. 22. pr. et §. 1. L. 35. pr. ff. de pignor. act. L. 1. 2. 3. C. ibid. (IV. 24.) L. 21. §. 2. ff. de pignor.

41) L. 2. §. 3. 4. 5. L. 12. ff. de doli mal. et mel. except.

42) *Boehmer* l. c. §. 36. in fin. Schmidt l. c. §. 829.

ſind. Ich glaube bisher gezeigt zu haben, daß es nicht ſchwer ſey, dem Geſetz einen vernünftigen Sinn unterzulegen, welches um ſo mehr zu behaupten iſt, da ſich außer jener Erklärung wirklich noch eine andere denken läßt, die vor jener vielleicht noch manche Vorzüge haben möchte.

Es iſt bekannt, daß der Gläubiger dem Schuldner allen Gewinn, welchen er in Anſehung des Pfandes macht, entweder herausgeben, oder ſeine Forderungen nach Verhältniß des zurückbehaltenen Gewinnſtes verringern muß [43]. Das Darlehn iſt ſeiner Natur nach unentgeltlich, und der Schuldner bezahlt dem Gläubiger nur dann Zinſen, wenn er ſie ausdrücklich ſtipulirt hat. Selbſt durch den Verzug wird er nicht dazu verpflichtet [44]. Wir wollen jetzt vorausſetzen, daß der Darleiher, nach beobachteten Formalien, das Pfand verkauft, und auf den Evictions-Fall dem Käufer das duplum verſpricht. Nachdem er das Kaufgeld 15 bis 20 Jahre in Händen gehabt, und dadurch mehr, als die Hälfte des simpli gewonnen hat, erfolgt endlich die Eviction, und er leiſtet dem Käufer die Gewähr. Er hat in dieſem Fall eigentlich gar keinen Schaden, ſondern

43) S. not. 40.

44) *Salmasius* de Usuris C. 1 et 5. *G. Noodt* de Usuris C. 6. *J. H. Boehmer* de fundam. usur. pecun. mutuaticae (exerc. ad ff. T. IV.) §. 3. 10. 13. 14. L. 24. de praescr. verb. L. 5. §. 2. ff. de solut. L. 7. C. de usur. (VI. 32.)

gewinnt vielmehr noch obendrein etwas, außer, daß er das Pfand verloren hat, und daß ihm das Erhaltene genommen wird, wofür aber auch ſeine alten Anſprüche an den Schuldner wiederhergeſtellt ſind. Er hält ſich nun zwar an dieſen, doch kann er natürlich auch von ihm nicht das ganze Capital einfordern, ſondern nur ſo viel, als übrig bleibt, wenn das, was er über das simplum durch den Gebrauch des Kaufpreiſes gewonnen hat, davon abgezogen wird. Forderte er dennoch das ganze Capital, was ihm der Verpfänder wegen der Compenſation wirklich nicht mehr ſchuldig iſt: ſo würde er mit ſeinem ungebührlichen Geſuch abzuweiſen ſeyn; nec enim amplius a debitore, quam debiti summam consequi poterit [45]). Allein wir wollen einen andern Fall annehmen (Sed si stipulatio usurarum fuerat u. ſ. w.). Der Schuldner hat bey der Anleihe des Capitals ſich durch eine Stipulation verbindlich gemacht, dem Gläubiger daſſelbe zu verzinſen. Er iſt ſäumig in der Abtragung des Capitals, und der Gläubiger verkauft endlich das Pfand grade für die Summe, die er vom Schuldner zu fordern hat. Er muß, um die Sache ſo hoch auszubringen, die Zurückgabe des doppelten Kaufpreiſes als Gewährleiſtung verſprechen. Nach 5 Jahren erfolgt wirklich die Eviction, und der Gläubiger wird vom Richter zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit gegen den

---

45) Man kann hier natürlich noch viele andere, und vielleicht noch paſſendere Beyſpiele fingiren.

Käufer gezwungen. Unter dieſen Umſtänden frägt es ſich, wie es nun mit der ehemaligen Hauptſchuld des Verpfänders beſchaffen ſey? Im Allgemeinen iſt zu antworten, daß er dem Gläubiger ſowohl das Capital, als die Zinſen des fünfjährigen Zwiſchenraums geben muß, wofern dieſer nicht ſchon einiges darauf erhalten hat. Daß die vom Kaufpreiſe in 5 Jahren gezogenen Zinſen nicht einmal hinreichen, die Hälfte des simpli, die der Verkäufer aus ſeinem eignen Vermögen herſchießt, zu vergüten, iſt unläugbar. Er hat daher zur Befriedigung ſeiner Hauptforderung noch nichts erhalten, und kann mit Recht durch die condictio certi ex mutuo nicht allein das geliehene Capital, ſondern alle Zinſen, welche der Schuldner in der Zwiſchenzeit hätte erlegen müſſen, zurückverlangen. — Hat er aber dem Käufer bloß den einfachen Kaufpreis reſtituirt, ſo ſind ſeine Anſprüche auf Zinſen ohne allen Grund, da es einerley iſt, ob er dieſe vom Schuldner, oder durch die Benutzung des Kaufpreiſes erhält.

Der einzige Grund der Entſcheidung des Tryphonin liegt in den Worten: *quia* nihil ei solutum esse, ut auferri non possit, palam factum est; d. h. die ganze Hauptſchuld ſoll wiederhergeſtellt, und durch die cond. certi ex mutuo können ſowohl Capital als Zinſen gefordert werden, wenn der Gläubiger bey der Verwaltung des Pfandes nichts gewonnen hat, und keine Compenſation in Anſehung der Hauptſchuld und der Zinſen Statt findet. Dieſer Entſcheidungsgrund ſteht mit aus-

drücklichen Worten im Geſetz, und ich ſehe nicht ein, wie Weſtphal und Faber die Fälle, wenn die Zinſen des Kaufpreiſes das simplum überſteigen, darunter ſubſumiren wollen. Die Dunkelheit des Geſetzes liegt einzig in der Verbindung deſſelben mit dem vorhergehenden, die den Ausleger ſehr leicht verleiten kann, gleiche Fälle, und gleiche Geſichtspuncte in beiden anzunehmen. Allein beide ſind ſehr von einander verſchieden, und haben im Grunde wenig Zuſammenhang. Ulpian ſpricht von der actione pignoratitia contraria, Tryphonin im Gegentheil von der Wiederherſtellung der Hauptſchuld, und der daraus entſpringenden Klage: eine Erörterung, die allerdings ſehr wichtig war, da der Gläubiger durch Bürgen, Hypotheken u. ſ. w. weit mehr Sicherheit für die eine, als für die andre Forderung haben konnte. Der act. pign. contr. erwähnt er durchaus gar, ungeachtet ſie in den, in Unterſuchung gezogenen Fällen mit der cond. certi ex mutuo concurrirt. Das quinquennium aber iſt nichts weiter als Beyſpiel eines Falles: Si nihil solutum est, ut auferri non possit. Bey der Stipulation des dupli mußte er ſich eines ſolchen Beyſpiels bedienen, weil es hier ſehr gut eintreten kann, daß er durch die Benutzung des Kaufpreiſes nicht einmal ſeinen Schaden erſetzt erhält; bey dem Verſprechen der Zurückgabe des einfachen Kaufpreiſes war dieß nicht nöthig, weil der Gläubiger hier in jedem Fall Zinſen zu compenſiren hat. Er ſetzt daher auch ganz unbedingt: sed si

simplum praestitit; und dieß paßt ohne alle Ausnahme unter ſeine allgemeine Regel.

Schon die ganze Form des Geſetzes verräth es, daß Tryphonin keine Abweichung von dem gemeinen Rechte machen wollte. Er ſpricht wie von bekannten Dingen, und leitet die Entſcheidung einzelner Fälle aus eben den Grundſätzen ab, von denen er, nach den angeführten Erklärungen, die willkührlichſten Ausnahmen machen würde. Seine Unterſuchungen betreffen nicht Recht und Billigkeit überhaupt, ſondern die Unterordnung denkbarer und gewöhnlicher Fälle unter bekannte Rechtsgrundſätze, die er ſo wenig, als irgend ein Römiſcher Juriſt, nach Belieben verlaſſen konnte. Hätte Tribonian beſſer eingeſehen, daß Bruchſtücke gewöhnlich nur dem Sammler ganz verſtändlich ſind, und könnten wir das Geſetz in ſeiner natürlichen Verbindung leſen, und mit den vorhergehenden Erörterungen vergleichen: ſo würden die Ausleger wahrſcheinlich nie auf den Einfall gerathen ſeyn, dem Verfaſſer deſſelben Behauptungen anzudichten, die, wenn ſie wirklich von ihm herrührten, ſeinem bekannten Scharfſinn in Wahrheit wenig Ehre machen würden.

Zuſatz.

Als ich mich in Kiel zum Doctor-Examen meldete, ward mir die vorhin erklärte L. 23. de pignor. act. als Text zur Interpretation mitgetheilt. In meiner Aus-

arbeitung erklärte ich ſie auf die obige Weiſe. Mein nachheriger College Trendelenburg war darüber ſo erbauet, daß er mir nicht genug Freundliches zu ſagen wußte, und mich dann auch dazu ermunterte, mein Specimen in deutſcher Sprache als Programm drucken zu laſſen. Dieß geſchah, und zu meiner großen Freude (denn es galt damals einen glücklichen Anfang meines akademiſchen Lebens) ward mir auch von andern bedeutenden Juriſten viel Lob zu Theil, ſelbſt in öffentlichen Zeitungen. Nur der Kanzler Koch erklärte ſich, nachdem die Abhandlung auch in den Verſuchen abgedruckt war, gegen mich, indem er mir unerwartet einen Brief ſchrieb, worin meine Interpretation hart mitgenommen, und ſogar von Unſinn geredet ward. Ich dankte ihm lachend für die erhaltene Lection, und bekannte ihm in Vertrauen, daß mir ſelbſt meine Auslegung immer verdächtig erſchienen ſey. Das wäre mir aber beynah übel bekommen, denn der alte Herr ward ſehr unwillig darüber, daß ich nicht bekennen wolle, allein durch ihn von der Unhaltbarkeit meiner Auslegung überzeugt zu ſeyn; und ſo mußte ich des Friedens wegen, oder aus metus reverentialis, da und dort ſchon etwas nachlaſſen, um die entſtehende Freundſchaft nicht aus dem Geleiſe kommen zu laſſen. Später erklärte ich mich auch vor dem Publico offenherzig über die, meiner Auslegung entgegenſtehenden Einwendungen (*a*), wozu denn nachher von

---

(*a*) Meine Theorie der logiſchen Auslegung. 2te Aufl. S. 157.

einem andern Gelehrten reichhaltige Beyträge geliefert ſind (*b*). An dem Negativen zweifle ich nun freilich gar nicht, nämlich daß meine beiden Erklärungsverſuche ſehr viel gegen ſich haben; aber das Poſitive will mir doch keineswegs recht herauskommen. Sieht man nämlich in L. 23. cit. auf den am Ende darin erwähnten zweyten Fall des Verſprechens der restitutio simpli ohne Zinſen, ſo iſt es inſofern am natürlichſten, (andrer Gründe nicht zu gedenken) bey dem erſten Fall eine promissio simpli cum usuris anzunehmen, wobey alles gut zuſammenhängt. Allein bindet man L. 23. cit. mit L. 22. §. ult. cit. als fortlaufendes Raiſonnement zuſammen, ſo geht in jener das eam auf eine promissio duplae; und ſo bleibt immer der Uebelſtand, daß man, um zu einem untadelhaften Reſultat zu kommen, auf den Zuſammenhang der Fragmente keine ganz genaue Rückſicht nehmen darf, welches doch wieder eine Abweichung von den gewöhnlichen Auslegungsregeln iſt.

(*b*) *E. H. Heydenreich* (praeside *P. C. G. Andreae*) Claudius Tryphoninus de iure pignorum. Pars prior. Viteb. 1812. S. auch Glück Erl. der Pand. 14. B, S. 138—144.

Siebente Abhandlung.

Beweis, daß die responsa prudentum weder zu dem geſchriebenen noch dem ungeſchriebenen Recht gehören.

Die neueren Rechtsgelehrten nehmen die Ausdrücke: geſchriebenes und ungeſchriebenes Recht vorzugsweiſe ſtets im juriſtiſchen, nicht, wie Juſtinian, im grammatiſchen Sinn, und verſtehen dann unter jenem das Recht, welches zunächſt ſeine Gültigkeit durch den ausdrücklichen beſonderen, unter dieſem hingegen dasjenige, welches zunächſt ſeine Gültigkeit durch den ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden allgemeinen, oder den beſondern ſtillſchweigenden Willen des Geſetzgebers erhalten hat. Zu jenem pflegt man die LL. centuriatas, die plebiscita, SCta und Constitutiones principum, zu dieſem die edicta magistratuum, responsa prudentum, den Gerichtsgebrauch und das Gewohnheitsrecht zu zählen. Hofacker ſetzt zu den letzten, und wie mir ſcheint, mit Recht, noch diejenigen Beſtimmungen

hinzu, quae, wie er ſich ausdrückt, iure gentium retinentur [1]).

Zu dem geſchriebenen Recht können die responsa prudentum auf keinen Fall gerechnet werden, ſelbſt dann nicht, wenn es ſich mit der geſetzgebenden Gewalt einiger Juriſten ſo verhalten hätte, wie Juſtinian [2]) und Theophilus [3]) erzählen, eine Sage, deren Wahrheit aber mit Recht bezweifelt wird, da es höchſt wahrſcheinlich iſt, daß Juſtinian allein aus einer falſch verſtandenen Stelle des Pomponius [4]) den Stoff ſeiner Erzählung hernahm [5]). Denn auch in dieſem Fall hätte die Gültigkeit der privilegiirten Gutachten keineswegs auf dem beſondern ausdrücklichen Willen des Regenten beruht. Sie wären mithin bloß ein Theil des ungeſchriebenen Rechts geweſen.

Wäre aber auch zu jedem einzelnen Gutachten der beſondere ausdrückliche Wille des Regenten hinzugekommen: ſo würde dennoch keines derſelben für einen Theil des geſchriebenen Rechts ausgegeben werden können.

---

1) Diss. de iure consuetudinis secundum doctrinam iuris naturalis et Romani. Tubing. 1774. cap. II. §. 32. p. 39.

2) §. 8. J. de iur. nat. gent. et civ.

3) Theophil. paraphr. ad §. 8. cit.

4) L. 2. §. 47. de orig. iur.

5) Ueber die Erklärung Andrer ſ. *Bach* hist. iur. ed. VII. p. 597 — 399. Hugo Rechtsg. 5. Aufl. §. 288.

Ich ſetze, ein Regent excerpirte aus Leyſers Meditationen ein ganzes Geſetzbuch, ohne von dem Seinigen etwas hinzuzuthun. Offenbar würden durch dieſe Procedur die Excerpte eben ſo wenig zu irgend einem beſondern Theil des Rechts, als die Schriften und Lehren, wodurch der Regent fähig gemacht wurde, als Geſetzgeber auftreten zu können. Es ſcheint mir daher auch durchaus unrichtig zu ſeyn, wenn Höpfner [6]) meynt, man könne die responsa prudentum, wie Juſtinian, auch wohl als Theile des iuris scripti anſehn, nämlich von dem Augenblick der Bekanntmachung der Pandekten gerechnet. Die Quellen des Rechts, d. h. die Materialien, aus denen die Geſetze gebildet wurden, und die Rechtsquellen ſind weſentlich verſchiedene Dinge. Aus den Schriften der Rechtsgelehrten entſtand das Kaiſerliche Geſetz, dem wir den Namen der Pandekten beylegen, wie aus dem Rath der Theodora, Tribonians und Andrer dieſe oder jene Verordnung Juſtinians. Kann man deßwegen die Schriften der Rechtsgelehrten als Theile des geſchriebenen Rechts, d. h. als coordinirte Arten der Kaiſerlichen Conſtitutionen aufführen: ſo ſehe ich nicht ein, warum man den precibus Theodorae, dem consilio Triboniani u. ſ. w. nicht eben dieſelbe Ehre eingeräumt hat. Juſtinian iſt nicht der Urheber jener irrigen Vorſtellungsart, da er die responsa prudentum aus ganz andern Gründen

6) Comment. §. 35. zweyte Anmerk. S. 51.

zu dem geſchriebenen Recht im grammatiſchen Sinn rechnet 7).

Allein dieß bey Seite geſetzt, — mit welchem Recht kommen denn die responsa prudentum unter die Rubrik des ungeſchriebenen Rechts? Ungeſchriebenes Recht ſoll doch nur ſeyn, was durch ſich ſelbſt als Geſetz gilt, ſobald nur der allgemeine Wille des Regenten vorhanden iſt? Was durch ſich ſelbſt, in Verbindung mit dem letzten dieſe Kraft nicht hat, kann nie und unter keiner Bedingung ungeſchriebenes Recht genannt werden. Wenn wir alſo die Gutachten der Rechtsgelehrten als Theile des ungeſchriebenen Rechts anſehen wollen: ſo muß natürlich vor allen Dingen erwieſen werden, daß dieſelben an ſich geſetzliche Kraft hatten. Dieſer Beweis läßt ſich aber nicht führen. Die Meynungen der Rechtsgelehrten waren für ſich nichts, als was der Name von ihnen ausſagt. Hatten ſie Einfluß auf die Conſtitutionen der Kaiſer, wurden ſie durch den Gerichtsgebrauch und das Gewohnheitsrecht beſtätigt: gut! ſo hatten ſie verbindliche Kraft, aber doch nur unter dem Namen einer Constitutio, consuetudo, res iudicata? An ſich waren und blieben die vereinten Gutachten aller Rechtsgelehrten in Anſehung der geſetzlichen Kraft = 0. Man kann mithin wohl ſagen, daß dieſer oder jener Theil des iuris scripti oder non scripti ſich nach den Vorſchlägen der Rechtsgelehrten bildete; aber dieſe Vorſchläge laſſen

---

7) §. 8. J. de iur. nat. gent. et civ.

ſich nicht bloß deßwegen zu einer beſondern Art der Rechtsquellen machen, wenigſtens dann nicht, wenn man den Begriff des ungeſchriebenen Rechts nicht ſo ſehr erweitert, daß auch die entfernteſten Veranlaſſungen der Geſetze unter demſelben als Arten begriffen werden können.

Achte Abhandlung.

Beytrag zur Erläuterung der L. 6. §. 5. P. mandati vel contra.

Daß ein Rath und eine Empfehlung in der Regel dem Rathgeber und dem Empfehlenden keine Verpflichtung auflegen, iſt durch ausdrückliche Geſetze vorgeſchrieben [1]), und wird von den Rechtsgelehrten eben ſo allgemein behauptet, als der Satz, daß jene Regel eine Ausnahme leide, wenn der Rath in argliſtiger Abſicht gegeben ſey [2]). Ob aber, außer dieſer, nicht noch andre, und welche Ausnahmen zuzulaſſen ſind? dieß iſt von jeher ſehr beſtritten geweſen, und man kann vier und mehr verſchiedene Hauptmeynungen darüber zählen.

Berger [3]) ſagt ganz allgemein: wenn ein Geſchäft ſich auf den Vortheil eines Dritten beziehe, ſo werde

1) §. 6. J. L. 2. §. 6. in f. L. 12. §. 12. mandati. L. 2. de proxenet.

2) L. 8. de dolo malo. L. 47. de R. J.

3) Resolutt. LL. obstant. L. 17. Tit. 1. Quaest. 1.

der Rathgeber als ſolcher nicht verpflichtet, es ſey denn, daß er durch übermäßiges Anpreiſen und Bereden (multis persuasionibus reluctantem urget) die Grenzen des eigentlichen Rathgebens überſchritten, und dadurch Jemand wider deſſen anfänglichen Willen zum Handeln gedrängt hätte [4].

Cocceji [5]) läßt mit andern aus dem Rath ſchon dann eine Verbindlichkeit entſtehen, wenn derjenige, welchem der Rath ertheilt iſt, ohne denſelben nicht ſo würde gehandelt haben [6].

Höpfner [7]) geſtattet nur dann einen Regreß gegen den Rathenden und Empfehlenden, wenn dieſer ſich zugleich verbindlich gemacht hat, für allen Schaden zu ſtehen [8].

Noodt leugnet, außer der zuerſt genannten, alle andere Ausnahmen [9].

Vinnius [10]) endlich macht einen Unterſchied, ob Jemand bloß im allgemeinen dem andern gerathen hat, dieß oder jenes zu thun, z. B. ſeine Gelder auf Zinſen auszuleihen, oder ob er ſich auf ein beſonderes beſtimm=

---

4) Arg. L. 6. §. 5. mandat.

5) Jus controv. L. 17. T. 1. Qu. 8.

6) Arg. L. 6. §. 5. mand. L. 12. §. 13. eod.

7) Comment. über die Inſt. §. 919.

8) Arg. L. 6. §. 5. mandat.

9) Probabil. L. 4. cap. ult.

10) Commentar. ad Institut. L. 5. T. 27. §. 6. n. 3. 4. 5.

tes Geſchäft bezog, z. B. ihm anrieth, dem A tauſend Thaler zu leihen. Im erſten Fall könne er nicht in Anſpruch genommen werden, wohl aber im letzten, aus dem Grunde, weil ohne den ſpeciellen Rath die Handlung nicht erfolgt ſeyn würde.

Durch den letzten Zuſatz — denn wenn man den Ausdruck: consilium speciale ohne denſelben und ohne andre Zuſätze verſtehen will, ſo iſt die Unrichtigkeit dieſer Meynung wohl außer Zweifel [11]) — geht Vinnius zu eben den Grundſätzen über, welche Cocceji annimmt. Wir werden es alſo nur mit der Prüfung der vier zuerſt genannten Meynungen zu thun haben.

Ich halte keine derſelben für die wahre, wenn man nur die L. 6. §. 5. mand., worauf ſich alle Parteyen ſtützen, ſo erklärt, wie mir ſcheint, daß ſie erklärt werden muß.

Ein Mandat bezweckt entweder bloß und allein den Vortheil des Mandatars, oder nicht. Aus dem erſten wird der Mandans nach den Grundſätzen der Römer nicht verpflichtet [12]), und zwar, weil, wie Juſtinian ſagt [13]), ein ſolches Mandat, in Rückſicht der rechtlichen Folgen, als ein bloßer Rath zu betrachten ſey. Cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex

---

11) Müller ad Leyser. T. II. Fasc. 1. Obs. 378.

12) L. 2. pr. mandat.

13) §. 6. J. eod.

consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur: quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium [14]. Der Grund der Entſcheidung iſt hier deutlich genug angegeben. Wer einen Auftrag, welcher bloß ſeinen Vortheil bezweckt, in Ausübung bringt, giebt eben dadurch zu erkennen, daß er ihn für vortheilhaft hielt. Denn wenn dieß nicht war, ſo konnte er ja die Ausführung unterlaſſen, weil der Mandans, deſſen Intereſſe dabey nicht ins Spiel kommt, ihn auf keine Weiſe belangen konnte [15]. Jeder will, wenn er vernünftig iſt, aus eignem Antriebe ſeinen Vortheil befördern. Handelte er daher dem Mandat gemäß, ſo that er, was er ſchon ohnehin gethan haben würde; mithin kann der Mandans hier wegen mißlungener Abſichten eben ſo wenig in Anſpruch genommen werden, als wenn er nach vollbrachtem Geſchäft den Auftrag gegeben hätte [16].

Allein geſetzt, er würde ohne das Mandat die Handlung unterlaſſen haben? In dieſem Fall kann und muß der Regreß gegen den Mandans geſtattet werden. Denn a) machte er ſich ja als Mandans wegen der nachtheiligen Folgen verantwortlich, und b) konnte es dem Mandatar nicht zum Nachtheil gereichen, wenn er, ſich auf das Verſprechen eines andern verlaſſend, eine ihm

14) L. 2. §. ult. mandat.

15) L. 8. §. 6. mandat.

16) L. 12. §. 14. mandat.

gewagt ſcheinende Handlung unternahm. Der Mandans hatte ſeinen bedingten animus donandi zu erkennen gegeben, und von der Güte eines Freundes Gebrauch zu machen, iſt Niemand verwehrt. Die Entſcheidung der L. 6. §. 4. mandati iſt mithin vollkommen gerecht und billig: Si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, niſi mea quoque interfuit, aut ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſem; et ſi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

Allein läßt ſich dieſes Geſetz auch auf den Rath und die Empfehlung anwenden, und unter welchen Beſtimmungen? Die Frage ſcheint mir leicht beantwortet werden zu können, wenn man nur analogiſch aus dem Geſetz ſchließen, nicht aber das, was bewieſen werden ſoll, unmittelbar darin entſchieden finden will.

Es wird in demſelben weder von einem Rath, noch einer Empfehlung gehandelt, ſondern von einem Mandat, aber einem ſolchen, welches, aus beſondern Gründen, die rechtlichen Folgen eines Mandats nicht mit ſich führt. In ſofern wird es alſo dem Rath gleich geachtet, aber bey dem allen bleibt es dennoch im Weſentlichen, oder an ſich, ein Mandat d. h. ein Auftrag, wegen deſſen nachtheiliger Folgen ſich der, welcher denſelben ertheilt, verantwortlich macht. Er wird freilich nicht verantwortlich, aber immer iſt hier doch das unverbindliche Mandat von dem bloßen Rath unterſchieden. Da nun ein Rath überhaupt nicht verpflichtet, ſo läßt ſich aus der L. 6. §. 4. cit. mit voll-

kommener Sicherheit ſchließen, daß auch gegen den Rathenden der Regreß bloß deßwegen, weil ſich derſelbe verantwortlich gemacht hat, nicht Statt findet. Denn die eben genannte Art des Mandats wird dem Rath gleichgeſtellt. Nun aber macht ſich dabey der Mandans verantwortlich, und dennoch ſoll er nicht in Anſpruch genommen werden können: mithin folgt von ſelbſt, was in Anſehung des Raths überhaupt erwieſen werden ſoll.

Das mandatum in gratiam mandatarii macht den Mandans nur dann verbindlich, wenn der Mandatar, — und dieß muß natürlich erwieſen werden — durch den Auftrag zum Handeln veranlaßt und gebracht wurde. Dieß auf den Rath und die Empfehlung angewandt, ſo iſt alles klar. Aus beiden entſteht im Allgemeinen für den Rathenden und Empfehlenden keine Verpflichtung zum Schadenserſatz, ſelbſt dann nicht, wenn man ſich dazu anheiſchig gemacht hat. Nur alsdann leidet der letzte Satz eine Ausnahme, wenn der Rath und die Empfehlung den Hauptbewegungsgrund zum Handeln gaben. Beides muß alſo zuſammentreffen, um den Regreß zu begründen, und der Rathgeber wird durch die Exiſtenz Einer dieſer Bedingungen niemals allein verpflichtet. Höpfner und Cocceji haben mithin beide Recht und Unrecht: jenes, weil jeder Ein Erforderniß der aus dem Rath entſtehenden Verbindlichkeit angiebt: dieſes, weil jeder Ein nothwendiges Requiſit ausſchließt. Was von Bergers Meynung zu halten ſey, folgt aus dem Vorhergehenden von ſelbſt.

Noodt hat, wie man ſieht, eine ſcharfe Grenzlinie gezogen, aber leider wieder mit Hülfe des kritiſchen Meſſers. Der Rath ſoll ihm nun einmal überhaupt keinen rechtlichen Grund zum Schadensersatz enthalten, und alſo muß Ulpian in L. 6. §. 3. 4. auf folgende Weiſe in integrum reſtituirt werden: si tibi mandavero, quod mea intererat, veluti ut pro Seio intervenias, vel ut Titio credas; erit mihi tecum mandati actio, (ut Celsus L. 7. Digest. scribit) et ego sum tibi obligatus. Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: at si non esses facturus, nisi ego mandassem, (et) si mea non interfuit, tamen erit mandati actio. Die letzten Worte von: at si legt er ſo aus: at si mandavi tibi neque mea gratia, *neque tua*, *sed aliena*, et ideo non fuisses facturus, nisi tibi mandassem, competituram tibi adversus me mandati actionem, arg. §. 9. I. h. t. Wo Emendationen ſo unnöthig und willkührlich ſind, würde eine Widerlegung den Leſer nicht unterrichten, ſondern nur beleidigen [17]).

---

17) *Voet* comm. ad P. L. 17. T. 1. n. 4. hat ſich indeß dennoch dieſer Arbeit unterzogen.

Zuſatz.

Wiederum eine neue Theorie hat nach mir Schöman verſucht (*a*). Er meynt nämlich, der Rathende würde ſchon durch ſeine bloße Garantie verpflichtet, auch wenn der Berathene ohne den Rath doch würde gehandelt haben; und man könne eine ſtillſchweigende Garantie ſchon dann annehmen, wenn der Rathende gewußt habe, daß der Berathene ohne den Rath nicht handeln werde. Gern bin ich bereit, dieſe Theorie anzunehmen, wenn dazu die Beweiſe beygebracht werden. Noch zur Zeit fehlt es daran, wenigſtens ſehe ich ſie nicht; und ſo muß ich mich ganz dem eignen Urtheil Andrer überlaſſen.

(*a*) Handb. 2. B. S. 222—226.

Neunte Abhandlung.

Ueber den Einfluß der Philoſophie auf die Auslegung der poſitiven Geſetze.

Proderit autem huius, quod nunc molior, consideratio ad demendum apud iuri deditos contemtum philosophiae, si videant, plurima sui iuris loca sine huius ductu inextricabilem labyrinthum fore.

Leibnitz quaest. philosoph. amoen. ex iure coll. in prooem.

Jede Philoſophie, welche auf die Ueberzeugungen und Handlungen der Menſchen zu wirken beſtimmt iſt, muß ihrer Natur nach ſich gegen widerrechtliche Beſchränkungen ihres Gebiets auflehnen; ihren Wirkungskreis und ihren Einfluß möglichſt auszudehnen und zu erweitern trachten. Unbeſcheidenheit und Anmaßung in dieſem Beſtreben finden, würde eben ſoviel ſeyn, als überhaupt die Möglichkeit eines wahren und practiſchen philoſophiſchen Syſtems leugnen. Denn wenn wir nicht ewig des Philoſophirens wegen philoſophiren, ſondern durch ein

erſchöpfendes Syſtem unſern Ueberzeugungen Gewißheit, dem ganzen Inbegriff unſrer Vorſtellungen Zuſammenhang und Einheit geben ſollen: warum denn nicht lieber das Ideal vollkommen zu erreichen ſuchen, als auf halbem Wege ſtehen bleiben?

Die kritiſche Philoſophie zeichnet ſich nicht ſowohl durch dieſes Beſtreben nach einer allgemein eingreifenden Wirkſamkeit, — denn wie thätig war nicht z. B. die Wolfiſche Schule — ſondern vielmehr dadurch aus, daß die Anhänger dieſer Philoſophie, ohne das verſprochene Syſtem des Erfinders derſelben abzuwarten, vorläufig, nach ihren eignen Vorſtellungsarten, in dem kurzen Zeitraum einiger Jahre das ganze Gebiet ihrer Wiſſenſchaft bebauten, und, wie Garve ſagt [1]), die Form der kritiſchen Philoſophie, wenn auch nicht immer ihren Geiſt, den deutſchen Schriften jeder Art aufdrückten. Die Logik, die allgemeine practiſche Philoſophie, die Moral, das Natur-Recht, kurz! alle Wiſſenſchaften, welche man für eigentliche Theile des Syſtems ausgiebt, haben ſchon ihre Bearbeiter gefunden, und zwar in ſolcher Menge, daß ein Mann, dem die Philoſophie nur Neben- oder Hülfswiſſenſchaft iſt, und welcher gern die claſſiſchen Schriftſteller aller Parteyen leſen möchte, kaum einen kleinen Theil der neueſten philoſophiſchen Syſteme zu umfaſſen vermag. — Dieſer Eifer für die

---

1) Verſuche über verſchiedene Gegenſtände der Moral u. ſ. w. 2ter Theil. S. 370.

Vollendung des ganzen Gebäudes der Philoſophie iſt durch das Beſtreben, von den erfundenen Lehren Anwendung zu machen, noch beynah übertroffen worden. Die poſitive Theologie und Jurisprudenz, die Mathematik, die Phyſik, die Chemie, die Pädagogik, die Staatswiſſenſchaften, die Grammatik, die Katechetik — alles iſt nach Kantiſchen Grundſätzen kritiſirt, und durch kritiſche Principien begründet. Selbſt über die Geſchichte hat die Philoſophie ihre Herrſchaft ausgedehnt, und nicht bloß leitende, formale Principien für den Bearbeiter derſelben aufzuſtellen geſucht; ſondern es ſich ſogar angemaßt, zur Aufklärung des Geiſtes und der Gründe vergangener Begebenheiten Materialien liefern zu können.

Wenn die kritiſche Philoſophie ſo viele Gegner hat, deren Zahl immer mehr, wiewohl im Stillen, zu wachſen, als abzunehmen ſcheint; wenn überhaupt die Neigung zu philoſophiſchen Unterſuchungen immer mehr ſelbſt unter den beſſeren Köpfen erkaltet: ſo liegt der Grund wahrſcheinlich zum Theil in dieſem vorſchnellen Anwenden kaum entdeckter Grundſätze. Eine geſunde, reiche, vollendete Philoſophie iſt nicht das Werk einiger Jahre, die Erfindung derſelben nicht das Werk mittelmäßiger, gewöhnlicher Köpfe, wie ſie jedes Jahr und jedes Zeitalter liefert. — In welchem Licht muß daher das kritiſche Syſtem den Gegnern und Nicht-Philoſophen erſcheinen, wenn daſſelbe in allen ſeinen Theilen mit einer Geſchäftigkeit bearbeitet wird, welche mehr einer handwerksmäßigen, ſpeculierenden Induſtrie, als wahrem philoſo-

phiſchen Eifer zu gleichen ſcheint, zumal in einer Zeit, wo mühſam errungene Spitzfindigkeit, vornehme Schwärmerey, und trockne Geiſtesarmuth, ſo oft für durchdringenden Scharfſinn, genialiſche Erfindungskraft, und philoſophiſchen Syſtem-Geiſt gelten müſſen!

Schon oft genug iſt dieſer ärgerliche Zuſtand der kritiſchen Philoſophie — wenn man uneigentlich alles mit dieſem Namen belegen will, was von den Anhängern Kants gedacht und geſchrieben wird — bemerklich gemacht, belacht und beſpöttelt worden. Vortrefflich wäre es, wenn dieſe lachende und ſatyriſche Laune benutzt würde, die Philoſophen weiſer, vorſichtiger, beſcheidener zu machen; wenn die Ausbrüche derſelben weniger einer tändelnden Schadenfreude, als dem ſchmerzlichen Unwillen des denkenden Kopfes glichen; wenn man nicht die Fehler des Gebrauchs künſtlich zum Fehler der Sache zu machen bemüht wäre. Allein leider muß die Philoſophie nur zu oft ſich deſſen beſchuldigen laſſen, was allein der Erfolg einer geiſt- und geſchmackloſen Behandlung derſelben iſt. Weil hier oder dort eine Anwendung mißlungen, eine ſchaale Theorie aufgeſtellt iſt: ſo reicht überhaupt die Philoſophie nicht ſo weit. Weil bis jetzt kein Einverſtändniß auch unter den beſſeren Köpfen möglich zu machen war: ſo giebt es überhaupt keine Philoſophie, als ein Syſtem objectiver Wahrheiten; wir haben nur Meynungen, Glauben, Ahndungen. So ſucht jede Partey zum Antipoden der andern zu werden, durch ſcharfe Contraſte zu zeigen, daß ihr nichts mit

ihrer Feindinn gemein ſey; ohne zu bedenken, daß die Wahrheit auf gleiche Weiſe verletzt wird, ſie mag zu ſehr ausgedehnt oder beſchränkt, durch nichtige Gründe erwieſen, oder ganz geleugnet und verworfen werden.

Der Verſuch, die Geſchichte durch Hülfe philoſophiſcher Grundſätze aufzuklären, hat am wenigſten Beyfall gefunden. Die Theologen, die Rechtsgelehrten, die eigentlichen Hiſtoriker — alle haben ſich faſt einmüthig gegen die ſogenannte philoſophiſche Interpretation erklärt, und den Geſchichtsforſcher mit Monteſquieux allein auf das Geſchichtliche beſchränkt. Unter den Rechtsgelehrten beſonders ſcheint nur Eine, wenigſtens eine, alle andere übertäubende Stimme über den Werth derſelben zu ſeyn; und wenn nur noch einige Männer von Anſehn und philoſophiſchem Geiſt ſich gegen die bisherigen, und damit gegen alle künftigen Verſuche dieſer Art erklären: ſo wird wahrſcheinlich der hiſtoriſche Geiſt auf lange Zeit im Beſitz der Alleinherrſchaft über den geſchichtlichen Theil der Rechtswiſſenſchaft geſichert ſeyn.

In dem Geiſt der juriſtiſchen Litteratur von dem Jahre 1796 werden verſchiedene Verſuche einer philoſophiſchen Interpretation des poſitiven Rechts angeführt, aber von dem (allgemein bekannten und geachteten, wiewohl ungenannten) Verfaſſer dieſer Schrift mißbilligt, und uneingeſchränkt verworfen. „Mit den Buchſtaben der Geſetze (heißt es dort S. 82.) kann man ſich nicht begnügen. Wir müſſen uns zu allgemeinen Grundſätzen erheben, aber nur zu ſolchen, welche aus

den poſitiven Quellen ſich abſtrahiren laſſen. Wir müſſen uns einer Philoſophie in die Arme werfen, aber nur einer hiſtoriſchen, das heißt, einer ſolchen, welche die Legislation bey ihren rechtlichen Beſtimmungen vor Augen hatte, welche folglich auch aus den poſitiven Quellen entwickelt werden muß, und welche ſelbſt ein Theil des Poſitiven iſt. Wir ſagen mit Monteſquieu: das Geſchichtliche kann nur aus der Geſchichte erklärt werden. Die Conſequenzen, welche ſich hieraus ziehen laſſen, ſetzen uns in Verlegenheit; das mag ſeyn; ſie entbinden uns aber nicht von der Pflicht gegen die Wahrheit. Mögen wir das Mittelalter anklagen, welches uns theils mehrere, theils fremde Legislationen auf den Hals gezogen hat, und mögen wir den Fehler deſſelben ſo lange büßen, bis wir ihn auf eben dem Wege, welchen der Preußiſche Staat mit ſo gutem Erfolge gegangen iſt, wieder gut machen." Derſelbe Ton herrſcht überall in den Göttingiſchen gelehrten Anzeigen, in den Schriften des Herausgebers des Civiliſtiſchen Magazins, und hin und wieder in verſchiedenen andern Zeitſchriften.

Nicht um mich gegen den Verfaſſer des Geiſtes der juriſtiſchen Litteratur zu vertheidigen, weil die angeführte Stelle ſich mit auf einige Ideen bezieht, welche ich irgendwo [2]), wiewohl nur als Epiſode, über die

---

2) In meiner Diss. de genuina iuris personarum et rerum indole, veroque huius divisionis pretio. Kil. 1796. p. 16—40. Ich erinnere hier nur, daß der Verfaſſer mir

philoſophiſche Interpretation vorgetragen habe; ſondern um eine Materie zur Sprache zu bringen, deren Wichtigkeit mir eine genaue und vollſtändige Erörterung zu erfordern ſcheint, unternehme ich es, die herrſchende Meynung der hiſtoriſchen Juriſten über die Richtigkeit der philoſophiſchen Interpretation einer ſorgfältigen Prüfung zu unterwerfen. Es iſt jetzt eine Zeit, wo dieſe Unterſuchung doppeltes Intereſſe hat; wo es den Vertheidigern einer philoſophiſchen Auslegung der Geſetze doppelt am Herzen liegen muß, ihre Ueberzeugungen fortzupflanzen und wirkſam zu machen. Die Streitigkeiten der kritiſchen Philoſophen unter ſich, das betrübte Schweigen der Antikantianer, und der leidenſchaftliche, oft cyniſche, Ton, welcher, verbunden mit allerley Ver-

---

etwas unterlegt, was ich nie behauptet habe, wenn er S. 78. ſagt: „nicht die Geſchichte, ſondern die Philoſophie ſoll in der Jurisprudenz herrſchen, darin ſtimmen die Herren (Herr Kretſchmann, der Verfaſſer des Beytrags zur Bildung der poſitiven Rechtswiſſenſchaft, und ich) überein.“ — Meine Meynung ging nur dahin, daß die Philoſophie in allen denjenigen Fällen ein Hülfsmittel der Interpretation ſey, wo das poſitive Recht ein Reſultat der practiſchen Vernunft iſt, und daß es gut ſey, mit ſich ſelbſt einig zu ſeyn, bevor man andrer Gedanken prüfe. — Der Verfaſſer, welcher ſich vielleicht nur durch ein Verſehen zu allgemein ausgedrückt hat, ſagt daher auch auf der nächſtfolgenden Seite, meine Grundſätze wären weit gemäßigter, wie die der übrigen; ich wolle nur, man ſolle die allgemeinen Grundſätze zur Auslegung einer poſitiven Geſetzgebung hinzubringen u. ſ. w.

zerrungen und Künſteleyen, in ſo vielen geprieſenen philoſophiſchen Arbeiten herrſcht: dieſe und mehrere andere Umſtände ſcheinen den poſitiven Rechtsgelehrten immer mehr eine gewiſſe tiefe Gleichgültigkeit gegen philoſophiſche Unterſuchungen einzuflößen, eine Indolenz, welche ſich ſelbſt auf den unwandelbaren Theil der Philoſophie, die Logik, und den, freilich minder gewiſſen, aber dem Juriſten völlig unentbehrlichen Theil derſelben, das Naturrecht, erſtreckt. Unmöglich kann man es ruhig dulden, daß dieſe Gleichgültigkeit herrſchend werde. Die Philoſophie muß dem Rechtsgelehrten theuer bleiben, wenn ihm die Cultur und Vollendung ſeiner Wiſſenſchaft möglich ſeyn, wenn eine gewiſſe kraftloſe Oberflächlichkeit, und Mangel an Schärfe und Penetration des Geiſtes ſich nicht überall unter dem erborgten Gewande einer genievollen Leichtigkeit im Denken einſchleichen, nicht allgemein für Geiſt, und Helle des Verſtandes gehalten werden ſollen. Welches Mittel könnte nun aber beſſer zu dieſem Endzweck führen, als, wenn man dem Rechtsgelehrten durch unwiderlegliche Gründe darthut, daß ihm, als bloßem Ausleger der poſitiven Geſetze, die Philoſophie unentbehrlich iſt, und daß die poſitive Rechtswiſſenſchaft nur dann in allen ihren Zweigen vollendet dargeſtellt werden kann, wenn der hiſtoriſche Geiſt ſich brüderlich mit dem philoſophiſchen Geiſte zu dieſem Endzweck verbindet?

Ich werde die vorliegende Frage zu entſcheiden ſuchen, wie ich glaube, daß dieſelbe, wenn man über-

haupt die Möglichkeit eines Syſtems der practiſchen Philoſophie einräumet, aus der Natur der Sache entſchieden werden muß, mithin raiſonnire ich nirgend als Kantianer. Da gegenwärtig jeder für einen Kantianer gehalten wird, dem das Unglück begegnet iſt, daß er es verſäumet hat, ſich ausdrücklich als Antikantianer bey dem Publico einzuführen: ſo mag mir dieſe Erklärung verziehen werden, zumal da ich mir in dem Geiſt der juriſtiſchen Litteratur unerwartet als Kantianer aufgeſtoßen bin [3]. Ich würde mich glücklich ſchätzen, wenn ich verdiente, ein denkender Anhänger des großen Mannes zu heißen, welcher ſelbſt ſeinen Gegnern ehrwürdig iſt; — allein bis jetzt habe ich dieſe Ehre auch nicht auf die entfernteſte Weiſe verdient, weil ich weder Kantianer (im edeln Sinn des Wortes) bin, noch ſeyn wollte; weil ich feſt überzeugt war, und bin, daß ein junger Mann

3) Der Verfaſſer, welchem ich übrigens meine Achtung nie verſagen werde, wird es mir nicht verargen können, daß ich ihm hier widerſpreche. „Wie weit aber die Herrſchaft der Philoſophie gehen ſolle, wird S. 78 geſagt; darin ſind ſie noch verſchiedener Meynung; denn ſie ſind Kantianer. Der langmüthige Kant, welcher kein Kantianer iſt, ſieht es, und — läßt das Böſe geſchehen.“ Wo findet ſich in meiner Schrift auch nur die geringſte Spur von kantiſchen Grundſätzen? — Seitdem Kant geſchrieben hat, haben auch die Antikantianer vieles gethan, woran vorhin Niemand dachte. Dadurch aber, daß man durch Kant zu dieſem oder jenem veranlaßt iſt, gehört man noch keineswegs zu den Kantianern.

ſich ſorgfältig dagegen bewahren muß, vorſchnell und unbedachtſam zu einer beſtimmten philoſophiſchen Partey überzutreten; ein beſtimmtes Syſtem anzunehmen, bevor er mit den claſſiſchen Werken der Philoſophen aller Zeiten und aller Nationen vertraut geworden iſt. Um die vorliegende Frage im Allgemeinen gründlich zu erörtern, braucht man weder Kantianer noch Antikantianer zu ſeyn. Wäre dieß nicht meine Ueberzeugung, ſo würde ich die Erörterung dieſes Gegenſtandes den Anhängern der verſchiedenen Secten überlaſſen haben.

Um den Streitpunct gehörig feſtzuſetzen, und mich gegen Mißdeutungen und Verdrehungen zu ſichern, muß ich hier vorläufig bemerken, daß ich den Ausdruck: Interpretation oder Auslegung des poſitiven Rechts im eigentlichſten, ſtrengſten Sinn verſtehe; daß ich mir nichts weiter darunter denke, als das Auffinden der Gründe und Grundſätze, von welchen die Urheber des Rechts ausgingen, nicht, von welchen ſie hätten ausgehen können, oder ſollen. Alles, was von den Theologen und Juriſten gegen die Anhänger des Accommodations-Grundſatzes erinnert iſt, trifft mich daher ſo wenig, als es oft die Vertheidiger jenes Grundſatzes trifft, wenn dieſe nicht eigentlich für Exegeten und Ausleger gehalten ſeyn, ſondern nur die Vernunft unter dem erborgten äußern Schein des Poſitiven geltend machen wollen, mithin den gewöhnlichen Klagen über offenbare Verſtöße gegen die Schriftgelahrtheit, gegen den Geiſt der Geſetze u. d. gl. durchaus gar keine ſchwache Seite darbieten. —

Eben ſo wenig nenne ich denjenigen einen philoſophiſchen Ausleger der Geſetze, deſſen Reſultate, wie z. B. in dem Beytrage zur Bildung der poſitiven Rechtswiſſenſchaft [4]) der Fall iſt, bloße Nominaldefinitionen ſind, aus denen man nichts weiter lernt, als, was der Verfaſſer unter dieſem oder jenem Ausdruck denkt, nicht, was die, deren Begriffe kritiſirt und getadelt werden, darunter gedacht haben. Sollten hinführo noch mehr Verſuche von beiderley Art gemacht werden: ſo wünſchte ich, daß man mir, und denen, welche mit mir übereinſtimmen, einen abgeſonderten Platz, und zwar dicht neben den rein hiſtoriſchen Juriſten anwieſe, weil ich, wie die letzten, das poſitive Recht durch die Geſchichte, und außerdem noch hin und wieder mit Hülfe der Philoſophie im eigentlichen Verſtande e r k l ä r t wiſſen will.

Wenn man das Daſeyn einer philoſophiſchen Interpretation behauptet, und über das Weſen derſelben Erörterungen anſtellen will, ohne ſich zugleich zu einem ſelbſtgemachten oder angenommenen philoſophiſchen Syſtem zu bekennen: ſo kann man natürlich nicht umhin, vor allen Dingen den Satz zu poſtuliren, daß es eine practiſche Vernunft, eine Stimme über Recht und Unrecht im Menſchen giebt, deren Vorſchriften im Weſentlichen ſtets dieſelben waren, im Weſentlichen ſtets auf

4) In dem zweyten Aufſatze über die Frage: iſt possessio ein ius in re? S. 16. fgg.

denſelben Gründen beruhten; daß ferner dieſe Vorſchriften zur wiſſenſchaftlichen Einheit des Syſtems erhoben, aus höheren, dem gemeinen Verſtande vielleicht immer klar, aber niemals deutlich vorſchwebenden Gründen abgeleitet werden können; und daß endlich unſre gemeinen Ueberzeugungen von Recht und Unrecht nur durch dieſe ſyſtematiſche Verbindung allein durchgängige Gewißheit, vollkommene Harmonie und Conſequenz erhalten. Wir nehmen alſo an, daß ein vollendetes Syſtem des Naturrechts möglich und denkbar iſt, und zwar ein ſolches Syſtem, aus welchem die äußere Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit jedes vorkommenden Falles entſchieden werden kann und muß. Ob und in wiefern dieſes Syſtem a priori oder a posteriori zu entwickeln iſt, kann dahin geſtellt bleiben, wenn man nur im Allgemeinen einräumt, daß die Vernunft jeden gegebenen Fall beurtheilen kann; und dieß muß nothwendig zugegeben werden, ſobald man überhaupt einſieht und annimmt, daß nichts in der Welt indifferent iſt, und daß in dem Menſchen kein herrſchendes Vermögen weder über, noch neben der practiſchen Vernunft exiſtirt.

Iſt nun eine poſitive Geſetzgebung nicht das Werk der Unvernunft, der Willkühr und des Eigennutzes, ſondern der philoſophirenden, oder auch nur der gemeinen, geſunden Vernunft: ſo iſt durchaus nicht abzuſehen, wie die Geſchichte allein die Materialien zur Erklärung einer ſolchen Geſetzgebung liefern kann: wie man dieſe vollſtändig ohne ein, von den letzten Gründen

bis zu den äußerſten Grenzen philoſophiſch bearbeitetes Syſtem des Naturrechts begreifen, aus ſeinen urſprünglichen Quellen ableiten, und in den herrſchenden Geiſt deſſelben eindringen will. Denn die poſitiven Geſetze ſind bis jetzt nie etwas anders, als Reſultate geweſen, wie das Geſchichtliche überhaupt; und eben deßwegen laſſen ſich nicht, wie Monteſquieu will, Geſetze durch Geſetze, Geſchichte durch Geſchichte, oder beide zugleich, einzig und allein aus und durch einander erklären.

Um daher der philoſophiſchen Interpretation einen Wirkungskreis und thätige Anhänger zu verſchaffen, bedarf es nur des Beweiſes, daß wir im Beſitz einer Geſetzgebung ſind, welche die Vernunft ganz oder zum Theil als die ihrige anerkennen kann. — Und für wen bedürfte es eines ſolchen Beweiſes, wenn man an das römiſche Recht — den wichtigſten Theil unſers geltenden Privat- und Regierungsrechts — denkt? Die äußere Beſchaffenheit der Juſtinianiſchen Sammlungen iſt ein Werk der Thorheit und Barbarey; aber nicht die Materie derſelben, wie ſie uns die Pandekten, die Inſtitutionen und der Codex darbieten. Dieſe iſt das Product eines langen, vielfältig geprüften Raiſonnements; die Frucht der Erfahrungen und Meditationen der hellſten, durchdringendſten, geſündeſten Köpfe; ein gereiftes Werk der Freyheit des Geiſtes, welches vielleicht weniger, als irgend eine andre Geſetzgebung durch die Spuren der Willkühr und Dummheit entſtellt iſt. Bekanntlich gab es vor Juſtinian, außer den 12 Tafeln, wenn man dieſe

rohen, unvollkommenen Bruchſtücke eines Rechtsſyſtems in Anſchlag bringen will, keine durchgreifende, allgemeine, aus den Grundſätzen eines Kopfes, oder den gemeinſchaftlichen Arbeiten einiger gleichzeitiger Männer hervorgehende Geſetzgebung. Selbſt Juſtinian war mehr Sammler, als Geſetzgeber. Das ganze Syſtem bildete ſich allmählig durch die Edicte der Prätoren, die Interpretationen der Rechtsgelehrten, und die kaiſerlichen Verordnungen aus. Jene, die Edicte, konnten, nach der ganzen bürgerlichen Lage der Prätoren, wenn ſie daurendes Recht enthielten, nur allein das Reſultat der Meynungen eines gerechten und billig denkenden Mannes ſeyn; die Rechtsgelehrten entſchieden und urtheilten frey und unabhängig von äußerm Zwange, und die Kaiſer machten es ſich gewöhnlich zur Pflicht, die Grundſätze des gemeinen Rechts zu achten und aufrecht zu halten. Eine Abweichung von der Vernunft, wenigſtens eine gänzliche Abweichung wäre unter dieſen Umſtänden unnatürlich, faſt unmöglich geweſen. Eben deßwegen, weil dieß nicht geſchah, hat denn auch das römiſche Recht ſelbſt für die größten Köpfe, z. B. für Leibnitz *), von jeher ein

---

*) Epistol. ad H. E. Kestnerum Epist. 15. (Opp. ed. Dutens Vol. IV. Pars 3. p. 267 fg.) ..Dixi saepius, post scripta Geometrarum nihil extare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis. — — — Nec uspiam iuris naturalis praeclare exculti uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formu-

hohes Intereſſe gehabt, und es iſt unſtreitig nicht übertrieben, wenn J. H. Boehmer — nach meiner Ueberzeugung einer der helldenkendſten, genievolleſten Männer, deren Deutſchland ſich zu rühmen hat — irgendwo bemerkt, daß ein großer Theil der Grundſätze des Naturrechts aus den Entſcheidungen der römiſchen Rechtsgelehrten geſchöpft werden könne 4).

Das römiſche Recht bedarf alſo, grade wegen ſeiner bewunderten Vorzüge, durchgängig einer philoſophiſchen Interpretation, und es frägt ſich nur noch, wie und unter welchen Bedingungen die letzte Statt finde? Die Unterſuchung dieſer Frage wird zugleich der beſte Beweis von der Exiſtenz und Nothwendigkeit der philoſophiſchen Interpretation ſeyn.

---

larum ductus, sive ex maiorum traditis, sive ob leges novas, ipsae consequentiae, ex nova hypothesi aeternis rectae rationis dictaminibus addita, mirabili ingenio nec minore firmitate diducuntur. Nec tam saepe a ratione abitur, quam vulgo videtur.

4) Diss. de iure ex pacto tertii quaesito. cap. I. §. 1. (Exerc. ad P. V. II. p. 257). „Haec praecipua ICtorum Romanorum laus et gloria est, quod *rectam rationem*, seu *principia iuris naturae* solidissima in suis decisionibus nunquam, aut raro, dereliquerint, sed iurisprudentiam hoc lumine magnopere illustrarint. Id quod licet per universam iurisprudentiam sese diffundat, atque radios suos spargat; potissimum tamen in negotiis iuris gentium, quibus maxime vitae societas continetur, sese exserit, ut segetem amplissimam *iurisprudentiae naturalis* inde colligere liceat."

Wenn man nicht ein vollſtändig entwickeltes Syſtem des Naturrechts (des reinen ſowohl, als des angewandten) zur Auslegung des römiſchen Rechts mitbringt: ſo iſt es

1) durchaus unmöglich, theils den Gründen der Geſetze nachzuforſchen, theils die Gründe derſelben einzuſehen, wenn dieſe nicht willkührlich ſind, ſondern reine Ausſprüche der geſunden Vernunft enthalten, und der gemeine Verſtand, wie hier beſtändig als Poſtulat vorausgeſetzt wird, auf eben die Art, als die Philoſophie, obgleich nur klar und undeutlich, oder dunkel und verworren, durch dieſelben Gründe zu ſeinen Reſultaten geleitet wird. Die Geſchichte kann dann nur eigentlich negativ verfahren, zeigen, daß die Gründe des Geſetzes ſich nicht hiſtoriſch erweiſen, etwa aus der Beſchaffenheit der Sitten, der Staatsverfaſſung u. ſ. w. ableiten laſſen, und aus dieſen abgeleitet werden müſſen. Hat die Geſchichte dieſen Beweis geführt, ſo iſt freilich eben dadurch der philoſophiſchen Interpretation vorgearbeitet, aber nur auf eben die Art, wie überhaupt ein negativer Beweis den poſitiven Beweis erleichtert. Die Geſchichte zeigt, daß etwas nicht darum geſchah; die Philoſophie geht weiter, und entwickelt, — freilich nur immer durch wahrſcheinliche Beweiſe — aus welchen poſitiven Gründen das Factum zu erklären iſt.

Ich ſetze, wir fänden in den römiſchen Geſetzen bey einzelnen Fällen die Gewiſſens- von den Zwangspflichten, das ſtrenge von dem billigen Zwangsrecht unterſchieden.

Wir entdeckten ferner, daß keine deutlich gedachte ſcharfe Grenzlinie zwiſchen dieſen verſchiedenartigen Rechtstheilen gezogen, daß zwar das ſtrenge Recht ſtets als ſolches anerkannt, der Billigkeit (dem äußern Recht, welches nur im Staatsverein möglich, und zum Zweck deſſelben nothwendig iſt) nur als Ausnahme, und dem Gewiſſensrecht in der Regel niemals bürgerliche Wirkſamkeit beygelegt, daß aber doch hin und wieder eine Gewiſſenspflicht zur Zwangspflicht erhoben, das ſtrenge Recht zu ſehr durch die Billigkeit beſchränkt wäre. Soll der hiſtoriſche Juriſt Rechenſchaft von dieſen Thatſachen geben, die Gründe derſelben raiſonnirend und zuſammenhängend entwickeln: ſo wird er vergebens die Hülfsquellen der Geſchichte durchſuchen; er wird als reiner Hiſtoriker nicht einmal im Stande ſeyn, auch nur Einen gewiſſen Schritt zu thun. Denn was will er ſuchen? welches iſt ſein Geſichtspunct? Er ſoll ſagen: warum war dieſes Schwanken, dieſes Durcheinanderlaufen der Grenzen verſchiedener Rechtstheile? Vor allen Dingen muß ihm alſo bekannt und ausgemacht ſeyn, daß es Zwangs- und Liebespflichten giebt; daß die Billigkeit von dem ſtrengen Recht unterſchieden werden muß, und daß zwiſchen allen dieſen Theilen eine ſcharfe Grenzlinie läuft. Weiß er dieß nicht, ſo überlaſſe er es andern, Begebenheiten zu erklären, deren Gründe ihm unerreichbar ſind, und einen Geſichtspunct anzunehmen, zu welchem er ſich nicht erheben kann.

Unleugbar iſt hier der hiſtoriſch-philoſophiſche Juriſt der einzige, welcher das aufgegebene Problem gehörig löſen, welcher überhaupt nur entdecken kann, daß hier für die Nachforſchung ein Problem aufgeſtellt iſt. Er iſt im Beſitz deutlicher, genau entwickelter Begriffe über den Unterſchied zwiſchen Zwangs- und Gewiſſenspflichten, über das Weſen des ſtrengen Rechts und der Billigkeit. Jetzt ſchlägt er ſein Geſetzbuch auf, und findet Fälle nach denſelben Grundſätzen entſchieden, aber nirgend dieſe Grundſätze als ſolche aufgeſtellt, und auch die Entſcheidungen nicht immer dieſen Grundſätzen gemäß. Hier entdeckt er ein Problem. Er frägt die Geſchichte um die Gründe deſſelben, allein dieſe ſchweigt, wie ſie gewöhnlich zu ſchweigen pflegt, wenn von entfernten Urſachen einer äußern Begebenheit die Rede iſt. Von der Geſchichte verlaſſen, kehrt er alſo wieder zu ſeiner Philoſophie zurück. Ohne ein vollendetes philoſophiſches Syſtem der Geſetzgebung würden wir vielleicht nach unſern gemeinen Begriffen, nach unſerm geſunden Verſtande, eben ſo entſchieden haben, wie die Römer; warum alſo nicht auch dieſe aus eben den Gründen erklären, aus welchen überhaupt die Ausſprüche des geſunden Verſtandes begreiflich werden? Der philoſophiſche Ausleger wird folglich ſeine entwickelten Begriffe wieder zur Hand nehmen müſſen. Er wird zeigen, daß die Entſcheidungen der Römer im Ganzen vernünftig ſind, auf dieſen oder jenen unwandelbaren Geſetzen der menſchlichen Vernunft beruhen. Er wird ferner die einzelnen Verirrungen be-

merklich machen, und vielleicht aus ſeinen deutlich entwickelten Begriffen darthun können, daß hier oder dort die Grenzlinie nothwendig verrückt werden mußte, wenn man dieſe oder jene feine Beſtimmung überſah; daß aus einem gewiſſen, den Menſchen natürlichen Geſichtspunct, keine durchgängige Einheit und Conſequenz möglich iſt. Es kann ſeyn, daß ihm auch die Geſchichte Hülfsquellen der Auslegung darbietet; daß vielleicht ein übermäßiger Hang zur Billigkeit aus einem weibiſchen, verzärtelten, überſpannten Volks-Charakter, deſpotiſcher Willkühr des Regenten, oder andern äußern Thatumſtänden am natürlichſten erklärt werden könnte. Allein ſolche Möglichkeiten beweiſen nichts wider die philoſophiſche Interpretation, ſondern dienen nur als Beyſpiel, daß die Philoſophie und Geſchichte Hand in Hand gehen können und müſſen. Auf allen Fall aber würde der hiſtoriſche Juriſt, ſelbſt dann, wenn ihm in dem gegebenen Beyſpiel alle Gründe zur Erklärung durch die Geſchichte geliefert würden, als ſolcher niemals dieſe Gründe auffinden, wenn ihm nicht vorher durch die Philoſophie das Problem, deſſen Erklärung er verſuchen ſoll, aufgeſtellt iſt.

Ich bediene mich zur Erläuterung noch eines zweyten Beyſpiels, jedoch abermals nur hypothetiſch, damit man meine Grundſätze nicht etwa durch ein verſtecktes quid pro quo, wie wohl zu geſchehen pflegt, aus dem widerlege, was ich nur der Verſinnlichung wegen anführe, und bloß in ſo fern anzuführen berechtigt bin.

In den ältern Zeiten war es herrſchender Grundſatz bey den Römern: ein Dritter kann aus dem Vertrage eines Dritten keine Rechte erwerben; unter den Kaiſern hingegen verlor ſich derſelbe nach und nach beynahe ganz. Die republikaniſche Verfaſſung, und der ſteife, pedantiſche Charakter der Römer werden hier gewöhnlich zur Erklärung der ehemaligen Strenge benutzt; allein ich zweifle, ob dieſe Erklärungsgründe alle Data zur vollſtändigen Auflöſung des Problems liefern. Die Römer hatten bey aller ihrer Steifigkeit und Härte doch immer eine ſeltene Stärke und Geſundheit des Geiſtes, und es iſt kaum zu vermuthen, daß ein offenbar ungerechter Satz mehrere Jahrhunderte hindurch ſich ſollte in Anſehn erhalten haben. Geſetzt, es ließe ſich erweiſen, daß an ſich, nach den ſtrengen Regeln des abſoluten Natur-Rechts, aus dem Vertrage eines Dritten kein Zwangsrecht für einen Dritten abgeleitet werden kann; die Staatsgewalt hingegen könne und müſſe nach geſchloſſenem Staatsverein, die Verträge auch zum Vortheil eines Dritten für verbindlich erklären. Hier würde das Natur-Recht einen Geſichtspunct bemerklich machen, welcher alles in einem andern Lichte erſcheinen ließe, und von welchem erſt dem Geſchichtsforſcher eine ſichere Bahn für die weitere Erörterung der Aufgabe vorgezeichnet werden könnte. Jetzt würde ihm die Geſchichte zeigen, daß überhaupt in entſtehenden Staaten unmittelbar nur für die Ausbildung des Staats- und Regierungsrechts geſorgt wird; daß die Staatsgewalt erſt nach und nach bey

zunehmender Sicherheit von außen, bey wachſender Cultur, und vollendeter Ausbildung der Staatsverfaſſung das Privat-Recht ihrer Aufmerkſamkeit zu würdigen, und dem Zweck des Staats anzupaſſen pflegt; und daß die Härte und Unbiegſamkeit des römiſchen Charakters vielleicht manches dazu beytrug, dieſe Periode der Billigkeit ſpäter, als es ſonſt wohl geſchah, herrſchend werden zu laſſen. Hier ſind Geſichtspuncte, Anſichten, Probleme, welche der bloße Hiſtoriker ſchlechterdings nicht herbeyſchaffen, nicht einmal ahnen kann, weil ſie ſämmtlich über der Geſchichte ſind.

In der That! es iſt kaum zu begreifen, wie man im Ernſt die Alleinherrſchaft der Geſchichte vertheidigen, die Philoſophie mit kalter Gleichgültigkeit aus dem Gebiet der poſitiven Geſetze ſtoßen kann. Daß dem Eigenthümer ſeine Rechte geſichert, daß Verträge gehalten werden müſſen; daß ein weſentlicher Irrthum, ein weſentlicher Betrug zweyſeitige Geſchäfte vernichtet; daß dem Beklagten der letzte Satz eingeräumet werden muß, — wie will man dieſe, und tauſend andre Beſtimmungen nur überhaupt aus der Geſchichte, oder gar allein aus der Geſchichte erklären; aus Documenten die Gründe für Begebenheiten ableiten, welche in der Geſchichte nur für den Philoſophen allein als aufzulöſende Probleme aufgeſtellt, und nur allein durch die Kenntniß des menſchlichen Gemüths überhaupt erklärbar ſind?

Und was haben denn bis jetzt die reinen Hiſtoriker gethan, denen es Pflicht ſcheint, die philoſophiſche Inter-

pretation im Aufkeimen erſticken zu müſſen; oder vielmehr, wie verfuhren von jeher die größten Hiſtoriker bey der Bearbeitung der Geſchichte, und ſeit wann iſt dieſe lichtvoll, philoſophiſch, gewiß und pragmatiſch geworden? Seitdem man angefangen hat, die menſchlichen Kenntniſſe in ihrem ganzen Umfange zur Aufklärung und Vollendung der Geſchichte zu benutzen; ſeitdem man die Quellen der Geſchichte zu beurtheilen, zu läutern, zu ergänzen verſuchte. Wem haben wir mehr Aufklärungen über die Sitten der alten Deutſchen, und die Urſachen derſelben, zu verdanken: Tacitus, oder den ſcharfſinnigen Beobachtungen und Raiſonnements neuerer Reiſebeſchreiber? Wie unendlich hat nicht die Bearbeitung der Geſchichte gewonnen, ſeitdem wir unſre Verfaſſung, den Gang unſrer Cultur, unſere Sitten und Gebräuche, uns ſelbſt von allen Seiten beobachteten, und ſo verſuchten, die Bruchſtücke der Geſchichte an einander zu reihen, Lücken auszufüllen, aus überlieferten Begebenheiten auf unbekannte Thatſachen zu ſchließen. — Ich fordre jeden auf, welcher nicht Pſycholog, nicht tiefer, hellſehender Menſchenkenner iſt, ſich an hiſtoriſche Charakter-Schilderungen zu wagen: wie todt, wie geiſt- und ſeelenlos, wie von aller Einheit und allem Zuſammenhange entblößt, wird das Gemälde unter ſeiner Hand ausgehen, ſo roh, ungeſtaltet und verſtümmelt, wie jede Geſchichte der Philoſophie ausfallen wird, welche von der Feder eines Nicht-Philoſophen bearbeitet iſt.

Der große, umfaſſende Hiſtoriker wird ſtets Philo-

ſoph, Welt- und Menſchenkenner ſeyn und ſeyn müſſen. Wer eingeſchränkte Kenntniſſe beſitzt, kann nur eingeſchränkte Geſichtspuncte wählen; nur groß in abgeriſſenen Theilen des Details ſeyn. Hume war Philoſoph im eigentlichen Sinn (nicht bloßer Metaphyſiker), und eben deßwegen wird ſeine Geſchichte ſtets die Bewunderung aller Zeiten und aller Nationen ſeyn; für ein claſſiſches Werk gehalten werden, wenn andre, vielleicht mehr brillante, aber minder durchdringende und philoſophiſche, Geſchichtſchreiber (z. B. Gibbon) längſt vergeſſen ſind. Wer übertraf Rouſſeau an tiefer Menſchenkenntniß, und in weſſen Schriften finden ſich mehr glückliche Anſichten einzelner Begebenheiten; mehr eindringende Bemerkungen über den Charakter handelnder Perſonen; mehr Spuren eines lebendigen, fruchtbaren hiſtoriſchen Geiſtes? — Die Nachwelt, im Beſitz einer gründlichen, geſunden, vollendeten Philoſophie des Rechts, wird entſcheiden, wem der Vorzug unter unſern Rechtsgelehrten gebührt, und wer mehr für die wahre Ausbildung des poſitiven Rechts gethan hat, tiefer in den Geiſt deſſelben eingedrungen iſt: ob die eleganten, oder die hiſtoriſch-philoſophiſchen Juriſten, ein Mann wie Noodt, oder Männer wie Huber, J. H. Boehmer und andere. Vielleicht wird dann mancher Name aus der Vergeſſenheit hervorgerufen, deſſen man ſich jetzt kaum erinnern kann oder will, weil jeder nur das herauszuheben und zu rühmen pflegt, was unmittelbar zur Verherrlichung ſeiner eignen Anſichten dient.

Daß die philoſophiſche Interpretation mißbraucht werden kann, daß ſie mißbraucht iſt, und noch ferner oft in ungeſchickte Hände fallen wird, gebe ich zu. Allein was beweiſt dieß? Mißbrauch hebt den Gebrauch nicht auf, und jede gute Sache iſt dem Mißbrauch unterworfen. Wenn doch nur die eleganten Juriſten in ihren eignen Buſen griffen! Ich will nur an Montesquieu erinnern, an ihn, deſſen Fackel ſo manches kleine Licht angezündet hat, und an deſſen Feuer ſich noch jetzt ſo manches ſich ſelbſt erhebende Genie erwärmt. Wie viele gewagte, einſeitige Behauptungen; wie viele brillante, aber leere Sätze; wie manche Erklärung hiſtoriſcher Phänomene, deren Unrichtigkeit und Schiefheit ſich mit Händen greifen läßt [5])! Welche Geiſtes-Armuth herrſcht nicht in manchen andern hiſtoriſchen Verſuchen; welches Beſtreben, alle Probleme aus ein Paar bekannten Thatumſtänden zu erklären; unter willkührlichen Hypotheſen einen gänzlichen Mangel an umfaſſenden Kenntniſſen der Welt und des Menſchen zu verbergen! Auch die Philoſophen haben ſich an der Rechtswiſſenſchaft verſündigt, wie die Hiſtoriker; allein wer wollte deßwegen das Kind mit dem Bade verſchütten? So iſt es ganz ausgemacht, daß die Logik zur wiſſenſchaftlichen Behandlung des poſitiven

---

5) Ich berufe mich hier auf das, was Garve in der Abhandlung über das Nachdenken (vermiſchte Verſuche 2ter Theil S. 406 ſfolg.) ſo wahr, geiſtreich und ſcharfſinnig über den Charakter des Montesquieu geſagt hat.

Rechts unentbehrlich iſt, und doch weiß jeder, wie unendlich das Beſtreben nach logiſcher Einheit der Rechtswiſſenſchaft geſchadet hat; wie leer und geiſtlos unter den Händen der Axiomatiker ſo mancher Rechtstheil geworden iſt.

Noch neulich haben wir ein Beyſpiel dieſer Art erlebt, welches hier deßwegen gewiſſermaßen bemerklich gemacht werden muß, weil es gerade von einem Vertheidiger der philoſophiſchen Interpretation gegeben, und bloß deßwegen ſchon in irgend einer Zeitſchrift als Beweis gegen die letzte angeführt iſt: ich meyne die neueſte Abhandlung über die Lehre des römiſchen Rechts von den dinglichen (Real- oder Prädial-) Servituten [6]. Der Verfaſſer definirt die Real-Servitut: ſie ſey ein Recht, welches einem Grundſtück an einem andern Grundſtück zuſtehe. Dieſer Begriff ſey der Schule durch die Erfahrung überliefert, und aus demſelben hätten die römiſchen Juriſten die ganze Lehre von den Real-Servituten, welche er ſtets als ein Meiſterſtück der Legislation bewundert habe, analytiſch abgeleitet. — Bey dieſer Analyſe verfolgt ſie denn der Verfaſſer durch alle Theile der ganzen Lehre, und findet natürlich allenthalben Conſequenz, Einheit und Zuſammenhang.

Daß die römiſchen Juriſten aus den Ausdrücken: servitutem praedio tuo concedo, und dergleichen

6) In Hugo Civiliſt. Magazin. 2. Bd. 3 Hft. n. XV. S. 337.

Redensarten in Gemäßheit des Sprachgebrauchs gewiſſe Folgerungen ableiteten, iſt natürlich, und muß zugegeben werden; aber eine ganze Lehre in ihren kleinſten Theilen, eine verwickelte, nach und nach erweiterte, verbeſſerte Lehre aus einem Begriff entwickeln, von welchem man nicht weiß, woher? wie? und warum? — dieß kann ich nicht billigen. Wo iſt jemals ein poſitives Recht, bey einer allmähligen Ausbildung, vom Allgemeinen zum Beſondern heruntergeſtiegen? — Die einzelnen Sätze fließen freilich aus der Definition, aber iſt dieß nicht bey jeder Definition der Fall, ſie mag abſtrahirt, oder die Theile mögen unter dieſelbe ſubſumirt ſeyn?

Ich habe ſchon in der erſten Abhandlung gezeigt, wie die Römer aus dem Sprachgebrauch raiſonnirten, aber dieſen ſehr bald verließen, weil thörichte Rechtsgrundſätze aus übertriebener Anhänglichkeit an denſelben entſtanden ſeyn würden. Eine Servitut zum Vortheil einer Perſon konnte dem Wortverſtande nach nicht als Real-Servitut beſtehen; aber auch nicht als Rechtsverhältniß überhaupt, ſeitdem man ſich gewöhnt hatte, alle Arten der Dienſtbarkeiten auf die beiden Gattungen der Real- und Perſonal-Dienſtbarkeiten zurückzuführen? Die Entſcheidung war verneinend, und man erweiterte den Begriff der Real-Servitut der Gerechtigkeit wegen.

Der Grundſatz: servitus in faciendo consistere nequit, giebt ebenfalls den einleuchtendſten Beweis, daß die Lehre von den Servituten nicht aus jenem (todten und geiſtloſen) Grundſatz entwickelt iſt. Warum

hielten es die Römer für unmöglich, alle Beſitzer der Sache in dieſer Eigenſchaft zu verpflichten? Iſt die Antwort: quia praedium servit praedio: ſo iſt dadurch im Grunde nichts geſagt, weil man den Römern durchaus nicht ohne Beweis zur Laſt legen darf, daß ſie aus einem Grundſatz Folgerungen über die Sphäre deſſelben zogen. Nachdem ſich das ganze Rechts-Syſtem ausgebildet hat: ſo iſt eigentlich die Frage nicht: warum kann eine Servitut nicht ſo conſtituirt werden, ſondern: warum iſt überhaupt ein ſolches Rechtsverhältniß, es ſey, unter welchem Namen es wolle, (denn das ſagt der römiſche Grundſatz) unzuläſſig? Die verneinende Beantwortung dieſer Frage fließt doch wohl eben ſo wenig aus dem Begriff der Servitut, als ſich aus dem Begriff des Kaufs herleiten läßt, daß man keine Sache pachten, miethen, oder durch Tauſch veräußern könne? — Kehren wir die Ordnung um, ſo iſt der Knoten ohne Schwierigkeit gelöſt. Die Römer hielten aus dieſen Gründen die caussa perpetua, aus dieſen das Zuſammenliegen des dienenden und herrſchenden Guts, aus jenen die allgemeine Nutzbarkeit, bloß negative Handlungen für nothwendig: alſo kann man (wenn man Vergnügen daran findet) die Servituten definiren u. ſ. w. — Nur durch eine ſolche hiſtoriſche, vielleicht hin und wieder mit philoſophiſchen Erklärungsgründen verbundene, Entwickelung läßt ſich Geiſt und Leben in das poſitive Recht bringen, da hingegen, wenn wir aus (oft nichts ſagenden, nichts erklärenden, leeren) Abſtractionen

analyſiren, das Ganze im höchſten Grade ſeelenlos und unbegreiflich wird.

Die Philoſophie iſt ihres eignen Vortheils wegen verpflichtet, ſich gegen ſolche Mißbräuche aufzulehnen, zu verhindern, daß nicht die bloß hiſtoriſchen Juriſten dem philoſophiſchen Bearbeiter des Rechts aus guten Gründen allen Einfluß zu rauben gedrungen werden. Das poſitive Recht iſt lange genug durch widernatürliches Zuſammenpreſſen unter eine ſeynſollende philoſophiſche Form gemißhandelt. Sollte denn nicht endlich die Logik auch den Juriſten allgemein begreiflich machen können, daß ein bloß abſtrahirter Gattungsbegriff aufs höchſte nur dazu dient, verſchiedenartigen Materialien eine gewiſſe formale Einheit zu geben, die untergeordneten Theile zuſammenzuhalten; und daß wir uns in einem ewigen Zirkel umhertreiben, wenn wir aus abſtrahirten Grundſätzen beſondere Beſtimmungen herleiten, und, um die Gründe der Grundſätze einzuſehen, wiederum unſre Zuflucht zu den Gründen der abgeleiteten Theile nehmen! Sind die Axiomatiker conſequent, ſo werden ſie freilich jenen Zirkel vermeiden; aber eben dieſe Conſequenz iſt dem Geiſt des Rechts unendlich nachtheiliger, als die Inconſequenz, welche aus dem Uebergewicht des geſunden Verſtandes über falſche philoſophiſche Grundſätze entſpringt.

Der eben angeführte Verſuch (dem man im Uebrigen das Verdienſt des Scharfſinnes keinesweges abſprechen kann) iſt als warnendes Beyſpiel für den philoſophiſchen

Ausleger von nicht geringer Wichtigkeit, indem er Gelegenheit dadurch erhält, ſich den Satz zu verſinnlichen, daß ein abſtrahirter Grundſatz nicht ſtets derſelbe iſt, aus welchem die Urheber des Rechts ihre Beſtimmungen unmittelbar ableiteten. Wahrſcheinlich wird die philoſophiſche Interpretation noch oft durch die Vernachläſſigung dieſes Grundſatzes in Gefahr gerathen, ſich der Satyre der Hiſtoriker auszuſetzen; aber eben ſo wahrſcheinlich werden auch die Hiſtoriker den philoſophiſchen Ausleger noch ferner oft aus Unverſtand bemitleiden; ihn beſchuldigen, dem Geſetzgeber Grundſätze untergelegt zu haben, wo wirklich der Geſetzgeber dieſen Grundſätzen, wenn auch ohne deutliches Bewußtſeyn, folgte. Es giebt gewiſſe Dinge, die der gemeine Verſtand nie einſehen, nie zugeben wird, weil ſie außer ſeinem Horizont liegen. Demonſtrirt ihm die Natur des Sehens; die mannichfaltigen Operationen ſeines Geiſtes bey der Vorſtellung eines entfernten Gegenſtandes; warum ihm der aufgehende Mond größer erſcheint: er wird zuhören, lächeln, nicht glauben, und ſich an ſein klares Gefühl halten. Beobachtet die geſunde Vernunft bey ihren Ausſprüchen über Recht und Unrecht; ſucht die klaren, undeutlichen Vorſtellungen und Schlüſſe, denen der gemeine Verſtand bey ſeinen rechtlichen Meynungen folgt, aus dem Dunkel der Seele ans Licht zu ziehen, und erläutert dann als Philoſophen eine poſitive Geſetzgebung: der geſunde Verſtand des reinen Hiſtorikers, wenn ihr ihm nicht eine beſcheidenmachende Selbſt-

kenntniß einzuflößen wißt, wird ſich überfliegen, das Unverſtandene für falſch, die tiefſten Blicke für geſuchte Spitzfindigkeit erklären. Haben doch ſo viele Bewundrung erregende Wahrheiten dieſes Schickſal gehabt: warum ſollte der philoſophiſche Juriſt erſchrecken und klagen, wenn ihm der ungläubige Hiſtoriker nicht in Regionen folgen will, welche allein dem geübten und geſchärften Auge des Philoſophen erreichbar ſind!

So wie die Philoſophie dazu dient, die Gründe der Geſetze aufzufinden: ſo kann und muß dieſelbe

2) bey der ganz eignen Beſchaffenheit unſerer Geſetzbücher, beſonders des römiſchen Rechts, ſehr oft dazu angewandt werden, die Grundſätze, denen gegebene Beſtimmungen unterzuordnen ſind, auszumitteln.

Bleiben wir nur bey den Pandekten! — Bekanntlich ſind dieſe aus wiſſenſchaftlichen Werken der römiſchen Juriſten zuſammen getragen; größtentheils aus Werken, in denen die Regeln, welche jedem ſein natürliches Gefühl gegenwärtig, die tägliche Erfahrung geläufig erhielt, durch entſchiedene Fälle, erſonnene Beyſpiele und dergleichen erläutert wurden. Oft haben wir nur zwey, drey Entſcheidungen nach einer Regel, wo unter dieſe noch hundert andre Fälle gehören. Angenommen nun, die Regel iſt uns nicht gegeben, wie dann? — Der Hiſtoriker antwortet: ihr müßt die Regel aus den Entſcheidungen abſtrahiren. — Allerdings, wenn es geht; aber wie, wenn die Abſtraction weder möglich iſt, noch Gewißheit giebt? Abſtrahiren wir aus wenig Fällen, ſo

kann ja leicht der Begriff zu concret werden; drey Theile können ja dieß und jenes mit einander gemein haben, was ſich von den drey andern unbekannten nicht prädiciren läßt. Abſtrahirt ihr alſo, d. h. laßt ihr das fahren, was den drey bekannten Theilen nicht gemeinſchaftlich iſt: ſo erhaltet ihr ein genus; allein dieſes genus paßt nicht unbedingt auf die unbekannten Theile, mithin ſind dieſe ausgeſchloſſen, und der Begriff iſt in beſter Form Rechtens zu eng geworden. — Wie ſoll ferner abſtrahirt werden, wenn nur Ein gegebener Fall entſchieden iſt? — In beiden Fällen iſt alſo kein anderer Ausweg möglich, als, daß man einen Grundſatz als Hypotheſe aufſtellt; und dann muß doch wohl demjenigen Grundſatz der Vorzug eingeräumt werden, welcher, wenn ſonſt nichts im Wege ſteht, bey gleichen Möglichkeiten der vernünftigſte iſt. Wer ſoll nun entſcheiden, was vernünftig iſt, Livius, Tacitus und Procop, oder die Vernunft ſelbſt?

Ein Beyſpiel mag die Sache erläutern. — Die älteren Juriſten pflegten gemeiniglich den Satz aufzuſtellen, daß die Auslegung eines zweydeutigen Vertrags in der Regel gegen den Verkäufer, den Vermiether und den Stipulator zu machen ſey. Für dieſe Meynung ſind offenbar viele Geſetze, in denen es heißt: ambiguitas contra stipulatorem est [7]; pactio obscura vel ambigua

7) L. 38. §. 18. de V. O.

venditori et qui locavit nocet [8]), u. ſ. w. [9]). Allein dieſe Regel iſt ſinnlos, unbegreiflich, und ſcheint zudem andern Geſetzen ſchlechthin zu widerſprechen, in denen es z. B. heißt: si in emtione fundi dictum sit: accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, quum de alio emtor, de alio venditor senserit, nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, *quem venditor intellexerit* [10]); ferner: *fere* secundum promissorem interpretamur [11]) u. ſ. w. Jetzt verſuche man zu abſtrahiren. Das Reſultat wird ſeyn: die Auslegung iſt in der Regel gegen den Verkäufer, den Vermiether, den stipulator; ausgenommen den in L. 34. cit. benannten Fall. Nicht um ein Haar weiter kommt der Hiſtoriker mit ſeiner Logik, alſo nicht einmal ſo weit, eine Regel zu finden, nach welcher der Tauſch, die Geſellſchaft und andre Geſchäfte beurtheilt werden. Dagegen wird ſich nun natürlich der gemeine Verſtand empören, zumal da es ganz unwiderſprechlich vor Augen liegt, daß die Geſetze zehn von tauſend Fällen entſcheiden, welche ſämmtlich unter einen und denſelben Grundſatz gehören. Da nun dieſer Grundſatz ſchlechterdings

---

8) L. 39. de pact.

9) L. 172. de R. J. L. 21. de contr. E. V. L. 33. eod. L. 26. de reb. dub. L. 99. de V. O.

10) L. 34. pr. de contr. E. V.

11) L. 99. de V. O.

nicht durch Abſtraction gefunden werden kann, wenn man in der Logik nicht originell ſeyn will: ſo muß er durch eine Hypotheſe herbeygeſchafft werden; und dann hat doch wohl der Philoſoph, welcher über die Natur der Sache nachdachte, vor allen Dingen eine entſcheidende Stimme? Denn da Wahrheit und Vernunft ſtets zu präſumiren ſind: ſo kann der Philoſoph in ſolchen Fällen nie über oder neben ſich einen Richter anerkennen.

Der gewöhnliche Einwurf, deſſen man ſich in Fällen dieſer Art zu bedienen pflegt, um die Entbehrlichkeit der Philoſophie darzuthun, iſt: daß der geſunde Verſtand den hiſtoriſchen Juriſten eben ſo ſicher auf den zu findenden Grundſatz leite, vielleicht noch ſichrer, als es das leidige Naturrecht zu thun vermöge. Der geſunde Verſtand inferire nie etwas in das poſitive Recht; der Philoſoph hingegen ſey ſtets in Gefahr, dem Geſetzgeber ſeine individuellen Anſichten und Künſteleyen unterzuſchieben.

Es iſt eine menſchliche Schwäche des geſunden Verſtandes, daß er etwas viel auf ſich zu halten pflegt, und mit einer gewiſſen beſcheiden ſcheinenden Selbſtgenügſamkeit überall generaliſirt. Entfährt einem Helden des geſunden Verſtandes eine Unrichtigkeit, ein natürlicher und leicht zu begreifender Satz, welcher aber nach und nach durch ſeine eignen Reſultate zerſtört wird; in ein Syſtem von Begriffen eine Menge von Inconſequenzen und Widerſprüche bringt: ſo wird es nicht ſo genau genommen, weil es nun einmal mit dem menſchlichen

Wiſſen nicht anders iſt; oder man macht den ungeſunden Verſtand zum Vater, und entäußert ſich der untergeſchobenen Kinder. Haben die Philoſophen falſche Theorieen gehabt, ſich bis jetzt nicht einmal über den erſten Grundſatz des Naturrechts vereinigen können: ſo giebt es gar kein Naturrecht; die philoſophiſche Gewißheit und vollendete Syſteme ſind Chimären.

Bey ſolchen Argumenten verſchwendet die Demonſtration vergeblich ihre Kraft. Will man ohne Mittelſatz ſchließen, — freilich, dann lege jeder die Hände in den Schooß: die künftige Exiſtenz des Naturrechts iſt ſonnenklar eine leere Träumerey. Allein bis dahin ſind wir noch nicht gekommen. Die Möglichkeit des Naturrechts bleibt, bey allen bisher mißrathenen (aber auch vielleicht ſchon gelungenen) Verſuchen, doch immer noch denkbar, vielleicht für viele wahrſcheinlich, welche nicht aus eigner Kraftloſigkeit ſchließen; ihr Unvermögen nicht zur Eigenſchaft des Zeitalters und aller künftigen Generationen machen. Auf allen Fall iſt wenigſtens noch für uns das Naturrecht ein nicht unerreichbares Ideal, und wenn dieß, wie man wohl bey einer reiflichen Ueberlegung zu thun gezwungen iſt, eingeſtanden wird: ſo folgt der Vorzug und die Wichtigkeit der philoſophiſchen Interpretation von ſelbſt.

Der geſunde Verſtand iſt unſchätzbar für das gemeine Leben; aber er überfliegt ſich, wenn er ſeine Schwäche verkennt. Sobald er raiſonniren, verborgene Gründe aufſuchen, Einheit und ſyſtematiſche Verbindung ſchaffen

will, ſchwankt und ſtrauchelt er auf jedem Schritt, wird ſehr leicht oberflächlich, einſeitig, ſinnlos. Er weiß ſich nirgend zu orientiren, wo die philoſophirende Vernunft mit Gewandtheit und Leichtigkeit den graden Weg auffindet und verfolgt, und ſeine Ueberzeugungen verfliegen oft, wie der Nebel vor der Sonne, wenn er ſeinen Blick ſcharf auf dieſelben heftet. Das Syſtem ſoll alſo dem geſunden Verſtand zur Stütze dienen; darüber wachen, daß die Ausſprüche deſſelben nicht durch Leidenſchaften, Gewohnheiten, Unwiſſenheit verfälſcht werden; es ſoll die Lücken ergänzen, welche der gemeine Verſtand ſelten wahrnimmt, und niemals ausfüllen kann. Auch bey einer geſitteten, geſunden Nation wird alſo das Syſtem, vorzüglich bey der Meditation, ſtets ſeine Vorzüge vor den Ausſprüchen des gemeinen Verſtandes haben, und dieſem unentbehrlich ſeyn. Und wie ſollten wir deſſelben entbehren können, in einer Zeit, wo unſre Anſichten, unſre Ueberzeugungen ſich ſo bunt durchkreuzen; wo Egoismus und Eitelkeit mit einander wetteifern, jeden Einzelnen durch eine gewiſſe Individualität bemerklich zu machen; wo ein Krieg aller gegen alle beynah unvermeidlich iſt, wenn nicht ein Philoſoph ſo glücklich ſeyn ſollte, alle aus den Ueberzeugungen aller zu belehren, und die Zügelloſigkeit des jetzigen gemeinen Verſtandes der Gelehrten durch die Wahrheiten eines evidenten Syſtems in Schranken zu halten?

Der gemeine Verſtand bedarf des Syſtems, damit er nicht ſtrauchle und falle; aber oft auch muß das

Syſtem allein für ſich urtheilen und entſcheiden. Der gemeine Verſtand faßt das leicht Begreifliche; er urtheilt, wenn es für die tägliche Erfahrung nothwendig iſt. Allein verfolgt eine poſitive Geſetzgebung in ihre feineren Beſtimmungen; betrachtet ganze Lehren in ihrem Zuſammenhange; verſucht es umfaſſende Geſichtspuncte zu wählen, feine Beobachtungen über das Detail zu ſammeln: euer geſunder Verſtand wird ſich in fruchtloſen Anſtrengungen erſchöpfen, muthlos die Flügel ſinken laſſen, und euch, (wie die Gloſſatoren und viele der älteren Juriſten) ſtatt eines aufgelöſten Problems, todte Worte und nachgebetete Formeln wiedergeben. Daß man uns doch ſtets durch das, was war, aber nicht immer ſo bleiben darf, und wird, widerlegen will! Wie weit haben denn bisher die Ausſprüche des geſunden Verſtandes das poſitive Recht erläutert, und wann? Mehrentheils in gemeinen, alltäglichen Fällen. Das feinere Detail des Rechts iſt im Ganzen noch gar nicht vernünftig betrachtet. Alſo: weil der geſunde Verſtand vielleicht in ſeinem Gebiet nützlich war, ſo exiſtirt außer dem letzten kein anderes; ſo ſoll lieber eine unendliche Menge von Beſtimmungen nie ins Leben gerufen, oder einem ungeſchickten Meiſter zur Bildung anvertrauet werden? Welche Anmaßung, und welche Logik!

Der hiſtoriſche Juriſt verſucht es vergebens, mit ſeinem geſunden Verſtande den Philoſophen zu blenden, und in Schreck zu ſetzen. Dieſer wird ſich nicht aus

ſeinem Gebiet vertreiben laſſen, und ſich leicht eines Kämpfers erwehren, in welchem Kraft und Wille in ſo ungleichem Verhältniß ſtehen. Indeß wird er nie die Stärke ſeines Gegners verkennen, und eben deßwegen ſtets geneigt ſeyn, ſich mit demſelben zur Erreichung des gemeinſchaftlichen Endzwecks zu verbinden.

In wiefern die Philoſophie die Gründe der Geſetze, und die Grundſätze, denen einzelne Entſcheidungen unter zuordnen ſind, herbeyſchafft; in ſofern iſt dieſelbe ein unmittelbares Hülfsmittel der Interpretation. Allein ſie kann auch

3) unmittelbar oder entfernt die Auslegung der Geſetze erleichtern, und der hiſtoriſchen ſowohl, als der unmittelbaren philoſophiſchen Interpretation auf mannichfaltige Weiſe vorarbeiten. Hierüber einige ausführliche Bemerkungen.

Es iſt bekannt, daß unſre mehrſten deutlichen Wahrnehmungen allein durch die Vorſtellungen eines Contraſtes, oder einer Aehnlichkeit zu unſerm Bewußtſeyn kommen; daß wir nur dann einen Gegenſtand recht ſcharf ins Auge faſſen, wenn wir finden, daß er uns bekannten Gegenſtänden gleicht, oder mit denſelben in Widerſtreit ſteht. Man ſetze nur den Fall: Jemand will Beobachtungen über die Erziehung anſtellen. Er hat nie bey ſich über dieſen Vorwurf nachgedacht, nie das Syſtem eines andern gründlich ſtudiert. Jetzt geht er unter die Menſchen, um ihre Handlungsweiſe, ihre Maßregeln zu beobachten. Natürlich wird er vieles entdecken, es wird

ihm vieles auffallen, vieles Stoff zum Nachdenken geben. Allein ſein Talent ſey auch ſo groß, wie es will: es wird ihm unendlich mehr entgehen, als er aufgefaßt hat; und wenn er ſich die Beobachtung gar nicht zum Zweck vorſetzte, ſo würde alles todt und ungeſehen vor ſeinen Augen vorüberziehen. Jetzt gebt ihm den Emil, oder laßt ihn ein andres Werk über die Erziehung einſtudieren, und ſich durch eigenes, reifes Nachdenken zu eigen machen. Er trete dann mit ſeinem Syſtem wieder in die Welt zurück. Wie neu, bemerkungswerth, und reich an Stoff für die Beobachtung wird ihm jetzt jeder Gegenſtand erſcheinen! Was mit ſeinen Grundſätzen contraſtirt, wird ihm klar und ſcharf in die Augen fallen; was mit denſelben übereinſtimmt, durch ein ſeltenes Intereſſe ſeine ganze Aufmerkſamkeit auf ſich ziehen. Jetzt fehlt es ihm nicht an Geſichtspuncten, an Fächern; alles hat für ihn Sinn und Bedeutung; er weiß jeder Beobachtung Beziehung zu geben, jeden Thatumſtand an ein Ganzes zu knüpfen; nichts iſt für ihn unbedeutend, der Wahrnehmung und Prüfung unwürdig.

Man nehme einen andern Fall. Es ſetzt ſich Jemand vor, Menſchenkenntniß zu ſammeln. Mit dieſem Vorſatz trete er in die Welt: — was wird er ſehen? Nichts als ein buntes Gemiſch von Handlungen, welche nach Belieben ſo oder ſo ausgelegt werden können. Unzählige Eigenheiten der Menſchen werden ihm ganz entgehen; viele wird er ſchief und oberflächlich beurtheilen. Will er ſich nicht verwirren, ſo trete er bey Zeiten zurück; er

beobachte ſein eignes Herz, durchdenke die Bemerkungen anderer, und ſuche Vollſtändigkeit, Zuſammenhang und Einheit in ſeine Begriffe zu bringen. Iſt ihm dieſer Verſuch gelungen, auch nur zum Theil: ſo werden ihm gewiſſermaßen die Schuppen von den Augen fallen. Die Contraſte und Aehnlichkeiten dringen ſich ihm jetzt faſt wider Willen auf: jeder Thatumſtand paßt für ihn in ein großes Ganze; nirgend ſchweift ſein Blick geiſtlos über den Gegenſtänden weg. Er bemächtigt ſich überall des Guten, weil er findet, und er findet überall, weil er zu ſuchen weiß.

Wer hat nicht Erfahrungen dieſer Art gemacht, auch im Kleinen, unwillkührlich, ſchon als bloßer Gelehrter? Man ſchreibe nur z. B. eine Abhandlung über einen beliebigen Gegenſtand, ohne auszuſchreiben, nach eignen Ideen. Nach vollbrachter Arbeit leſe man die Gedanken eines Andern über denſelben Gegenſtand. Wie wird hier alles Gute aufgefaßt, jeder noch ſo feine Irrthum bemerkt, das Ganze gleichſam in Saft und Blut verwandelt werden! Und doch wäre vieles unverſtanden und unbemerkt liegen geblieben, ohne eignes vorhergegangenes Nachdenken. Aus dieſem Grunde ſind die Schriftſteller, beſonders die Rechtsgelehrten, welche neue Theorien aufſtellen, und ganze Lehren umſchaffen, oft ſo glücklich (oder unglücklich), aus den Schriften ihrer Vorgänger manchen einzelnen, mit ihren Reſultaten übereinſtimmenden Satz anführen, vielleicht ihre ganze Theorie durch mühſam zuſammengeleſene Auctoritäten

unterſtützen zu können. Und doch iſt das Neue nicht alt, weil das Alte vor dem Neuen unbemerkt da lag, und erſt durch das Neue Leben erhielt.

Der hiſtoriſche Juriſt iſt als Menſch an die Geſetze des menſchlichen Geiſtes gebunden, und kann eben deßwegen nicht verlangen, daß man von ihm übermenſchliches Genie, übermenſchliche Penetration, und einen übermenſchlichen Beobachtungsgeiſt erwarte. Er wird vielmehr, als beſcheidener Forſcher, ſich gern eben der Hülfsmittel und künſtlichen Anſtalten bedienen, wodurch der Menſch, wie er iſt, allein der Wahrheit nahe kommen kann. Will er daher durch Contraſte entdecken, durch Aehnlichkeiten wahrnehmen: ſo verſchaffe er ſich erſt einen Maaßſtab, an welchen das poſitive Recht gehalten werden kann. Iſt dieß geſchehen, alsdann mag er verſuchen, über die auf dieſe Weiſe entdeckten Gegenſtände hiſtoriſche Nachforſchungen anzuſtellen.

Unſre gewöhnlichen Erfahrungen über die Interpretation geben uns zwar ſelten Belege zur Verſinnlichung dieſer Wahrheiten; allein die Schuld liegt daran, weil wir mehrentheils nur im Groben, um mich ſo auszudrücken, interpretiren, und ſelten mehr, als hiſtoriſche Aufſchlüſſe über alltägliche Grundſätze geben. Von dem Detail, deſſen Geiſt niemals die Geſchichte aufklären kann, iſt uns vielleicht der größte Theil noch gar nicht aufgefallen, und zum deutlichen Bewußtſeyn gekommen. Wir wiſſen nur, daß noch ein unentdecktes Land vorhanden iſt. Wo es liegt? auf welchem Wege man dahin

gelangen kann? Hierüber müſſen wir von der Zukunft den Aufſchluß erwarten.

Und doch getraue ich mich, jedem, nur irgend in ſeinem Fach bewanderten Rechtsgelehrten, aus den täglichen Erfahrungen ſeines Lebens durch ein oder das andere Beyſpiel meinen Satz zu erläutern. Man ſtudiere z. B. den Proceß, ohne auf irgend eine Weiſe Practiker zu ſeyn. Nichts als todte Formeln, die ſchneller vergeſſen, als erlernt ſind! Jetzt beobachte man den Gang nur von zwanzig, dreyßig Rechtsſtreiten. Wie allmählig erhellet ſich die finſtre Maſſe; wie lebendig, inhaltsreich, und einleuchtend werden eine Menge vorhin geiſtlos nachgebeteter Beſtimmungen, wie viele Seiten ſpringen hervor, welche man ehemals kaum dunkel und undeutlich bemerkte! Die eigne Erfahrung und das Nachdenken über dieſelbe geben hier ganz unleugbar erſt den Schlüſſel zur vollſtändigen Interpretation einer poſitiven Geſetzgebung.

Die beſten Beweiſe können indeß die Hiſtoriker aus der Geſchichte ſelbſt hernehmen. Man denke nur an die hiſtoriſchen Werke, welche ſeit dem amerikaniſchen Kriege, und beſonders ſeit der franzöſiſchen Revolution geſchrieben ſind. Wie viele Entdeckungen ſind nicht ſeitdem über die Verfaſſung der griechiſchen Republiken und des römiſchen Staats gemacht, bloß und allein, weil man zu Hauſe über Staatsverfaſſungen raiſonnirte, und nun auf einmal in der Fremde eine Menge überſehener Thatſachen entdeckte, welche ſich an das durchdachte Syſtem

anreihen ließen. Hören wir nicht jetzt hin und wieder Bedenklichkeiten darüber äußern, ob es gut ſey, die Jugend auf Schulen den Cicero und Tacitus ohne Auswahl leſen zu laſſen, da die Freyheitsgrundſätze leicht anſteckend werden könnten? Warum das? Weil die Zeiten verändert ſind. Ehemals, als der Mann, der Jüngling und der Knabe in einer friedlichen Betäubung fortlebten, überſetzte der Schüler eine Declamation über Tyranney ſinnlos nach den Worten; jetzt hat ihm alles Bedeutung und Beziehung, weil ſeine hinzugebrachten, wenn auch überſpannten Begriffe überall Licht und Leben verbreiten. Hätten die Franzoſen nicht das Drückende ihrer Regierung empfunden: gewiß würden dann weder Cicero, noch Tacitus, noch der contrat social gewirkt haben, verdächtig geworden und verſtanden ſeyn.

Die Anſichten des Jünglings und des ſelbſtdenkenden Mannes bey dem Studio der philoſophiſchen Schriften der Alten, könnten hier ebenfalls zum Beweiſe angeführt werden; — allein es mögen der Beyſpiele genug ſeyn, wo man gleich auf den erſten Anblick oder niemals, die Wahrheit faſſen und begreifen wird.

Noch zuletzt

4) einen andern mittelbaren Nutzen des Syſtems zum Behuf der Auslegung poſitiver Geſetze.

Der Rechtsgelehrte ſoll nicht bloß die poſitiven Geſetze für ſich verſtehen, ſondern als Gelehrter das Recht darſtellen und zum Gegenſtand des Unterrichts machen. Mit der logiſchen Einheit iſt hiebey noch nicht

alles geſchehen, ſondern er muß, wenn ich mich ſo aus- drücken darf, gewiſſe reale Geſichtspuncte wählen; eine gewiſſe raiſonnirende Anſicht zu treffen wiſſen. Das römiſche Recht iſt kein Syſtem, welches ſelbſt einen ſolchen Geſichtspunct angäbe; ſondern ein Inbegriff von Vorſchriften, geſchickt, nach jedem vernünftigen Grund- ſatz pragmatiſch geordnet zu werden. Unleugbar iſt nun das Ideal einer vollkommenen Geſetzgebung der eigentliche Standpunct, von welchem die Anſicht des poſitiven Rechts am glücklichſten und fruchtbarſten iſt. Wir ſagen: ſo ſoll eine Geſetzgebung im Ganzen und in allen ihren Theilen ſeyn; — nun entwickelte ſich das römiſche Recht, verglichen mit dieſem Ideal, ſo, oder ſo. Hier wich es ab, aus dieſen Gründen; dort blieb eine Lücke, aus jenen Urſachen u. ſ. w. Auf dieſe Weiſe kommt eine Einheit für den raiſonnirenden Verſtand in das poſitive Recht; überall Haltung, Form und Zuſammenhang. Der hiſtoriſche Juriſt iſt natürlich unvermögend, auf dieſe Weiſe Verſtand in das Recht zu bringen, das Verſtehen der Geſetze zu erleichtern, und dem Gedächtniß durch die Vernunft zu Hülfe zu kommen. Eben deßwegen ſind denn auch ſo viele, ſelbſt der vorzüglichſten Werke, in dieſer Hinſicht ſo unbehülflich und geiſtlos, daß unſre Nachkommen, wenn ſie nur irgend das Ideal einer Philoſophie der Geſetzgebung realiſiren, vielleicht kaum werden begreifen können, wie wir von ſo mancher unphiloſophiſchen Arbeit entzückt und hingeriſſen ſeyn konnten.

Außerdem iſt ja der Rechtsgelehrte, wenn er nichts halb ſeyn will, nicht bloßer Ausleger des Geſetzes, nicht Lehrer und Practiker allein: ſondern er ſoll der geſetzgebenden Gewalt bey ihren Verrichtungen zur Hand gehen; einer künftigen allgemeinen Geſetzgebung vorarbeiten. Das poſitive Recht wird ihm hiebey vortreffliche Dienſte leiſten, weil die Erfahrung vieles lehrt, worauf das wiſſenſchaftliche Raiſonnement niemals, oder nur zufällig führen kann. Allein bey dem allen muß er dennoch ein philoſophiſches Syſtem der Geſetzgebung den hiſtoriſchen Nachforſchungen beygeſellen, weil dieſe ohne einen ſolchen Führer ſtets von dem Wege, welchen der Geſetzgeber verfolgt wiſſen will, unwillkührlich abſchweifen. Es ſoll z. B. hiſtoriſch unterſucht werden: welche Mißbräuche können ſich durch Gewohnheit, durch Unverſtand der Richter u. ſ. w. in das poſitive Recht einſchleichen? Will der Hiſtoriker auch nur Einen Schritt zur Auflöſung der Aufgabe thun: ſo muß er natürlich vor allen Dingen wiſſen, wie das poſitive Recht ſeyn ſollte, damit er ausfindig mache, daß und warum es nicht ſo war. Wenn daher die reinen Hiſtoriker meynen, daß ſie, und ſie allein dem Geſetzgeber, wenn dieſem übrigens ein Syſtem des Naturrechts beywohne, vorarbeiten können und müſſen; ſo iſt dieß wieder eine Einſeitigkeit, welche ſich deutlich genug auf den leidigen Zirkel des Sehens durch eigene Augen gründet.

Allein wenn nun die Nothwendigkeit einer philoſophiſchen Interpretation des poſitiven Rechts außer

Zweifel iſt: ſollen wir dann, wie bisher geſchehen iſt, nichts eiliger zu thun haben, als mit Hülfe unſerer Philoſopheme die poſitiven Finſterniſſe aufzuklären ſuchen? Nichts weniger als das! In einer Zeit, wo die ganze Philoſophie im Schwanken, die philoſophiſche Wahrheit kaum im Werden, wo die Exiſtenz des Naturrechts, der erſte Grundſatz, jeder Theil deſſelben, wo alles überall in Gährung, kein Satz unbeſtritten und ausgemacht iſt: in einer ſolchen Zeit ſollten wir anwenden, erläutern, ohne unſer Raiſonnement an einen irgend feſten Punct heften zu können? Wir ſollten uns mit Materialien zu Flügeln, deren Mechanismus erſt entdeckt werden ſoll, auf die Spitze des Thurms ſtellen, und von hier unſern erſten Flug beginnen? Welche Uebereilung!

Das Naturrecht muß erſt eine beträchtliche Stufe der Ausbildung erreicht haben, die beſſeren Köpfe müſſen erſt über die weſentlichen Grundſätze deſſelben übereinſtimmen, bevor der philoſophiſche Juriſt den Geſetzgeber vor ſich treten laſſen, ihn beurtheilen und in den Geiſt deſſelben eindringen kann. Am wenigſten ziemt es ſich in unſern Zeiten, ein kaum erfundenes Syſtem, kaum ausgedachte, geprüfte, gründlich verarbeitete Ideen zur Interpretation zu benutzen, zu beurtheilen und zu kritiſiren; indem es völlig ungewiß iſt, ob man von wahren oder falſchen Principien ausgeht. Das poſitive Recht muß nothwendig durch ſolche gewagte Verſuche verunſtaltet werden, und beynah möchte man wünſchen, daß, wenn hinfüro Niemand von vorſchnellen Unterſuchungen

dieſer Art ablaſſen will, die hiſtoriſchen Juriſten, es ſey, auf welche Weiſe es wolle, die Alleinherrſchaft an ſich riſſen. Die Wahrheit gewinnt mehr, wenn nichts geſchehen wird, als wenn man ſchiefe und erkünſtelte Anſichten durch Gewohnheit einreißen, herrſchend und alltäglich werden läßt.

Aus dieſen Gründen erkläre ich mich denn auch gegen die Schrift über die wiſſenſchaftliche Behandlung des römiſchen Privatrechts [12]). Sofern der Verfaſſer die philoſophiſche Interpretation überhaupt vertheidigt, halte ich mich zu ſeiner Meynung; aber — was die Anwendung betrifft? — ich geſtehe es, mir ſcheint der Verſuch in dieſer Hinſicht nicht zu den gelungenen zu gehören. Wie viele möchte der Verfaſſer in Deutſchland finden, welche die aufgeſtellten Grundſätze annähmen? und dann, von ſolchen, auf allen Fall ſonderbar, geſucht und gekünſtelt ſcheinenden Principien auf der Stelle Gebrauch zu machen: — heißt das nicht ein Wagſtück, wobey alles gradezu aufs Spiel geſetzt wird? Auch dann, wenn die Grundſätze wahr wären, hätte ihnen der Verfaſſer doch wenigſtens erſt Evidenz geben, ihnen das Spitzfindige nehmen müſſen, um den geſunden Verſtand der eleganten Juriſten nicht auf doppelte Weiſe (und ohne Schuld der letzten) zu beleidigen.

12) K. S. Zachariä über die wiſſenſchaftliche Behandlung des römiſchen Privatrechts. Wittenberg 1795.

Zugleich aber hat der Verfaſſer einen Hauptpunct überſehen, worauf beynah alles ankommt. Nämlich: eine Beſtimmung des poſitiven Rechts kann aus einem Satz der Philoſophie der Geſetzgebung abgeleitet werden, ohne daß der Geſetzgeber aus dieſem philoſophiſchen Grundſatz ſchloß. Z. B. das Naturrecht ſagt: beraube Niemand ſeines Eigenthums, weil du ihn dadurch an ſeiner Perſönlichkeit verletzeſt; der gemeine Verſtand hingegen ſtellt zwar dieſelbe Regel auf, aber aus dem, wiewohl undeutlich gedachten Grunde: weil du ſonſt über kurz oder lang dich ſelbſt der Gefahr ausſetzteſt, nach deinen eignen Grundſätzen behandelt zu werden. Dieß angenommen (aber nicht gradezu als factiſch behauptet), ſo erhellet deutlich: es iſt hier bloß äußere Eintracht, aber innerer Widerſpruch. Setzte daher der philoſophiſche Ausleger ſeine Gründe bey dem, durch den gemeinen Verſtand geleiteten Geſetzgeber voraus: ſo würde er ihm offenbar etwas unterſchieben, und eben dadurch den Geiſt des poſitiven Rechts verfälſchen.

Die philoſophiſche Interpretation erfordert alſo als conditio sine qua non einen ſtrengen Beweis, daß das Naturrecht bloß dasjenige deutlich und ſyſtematiſch darſtellt, was der gemeine Verſtand undeutlich und verworren denkt. Iſt das Syſtem nichts weiter als eine eigentliche Erfindung; ein Inbegriff von Argumentationen und Grundſätzen, welche ſämmtlich aus zufällig entdeckten, aber niemals wirkſam geweſenen Wahrheiten hergeleitet ſind: ſo iſt natürlich die philoſophiſche Inter-

pretation, ſofern man ſich dabey auf das Syſtem des Naturrechts ſtützt, ein Unding, dem man nicht früh genug die Thür verſchließen kann. Alles, was geſchehen kann, beſteht alsdann darin, daß der Rechtsgelehrte ſich allein an die Pſychologie hält, deren Aufſchlüſſe ſelbſt in dem Fall, wenn die Gründe der Wiſſenſchaft und des gemeinen Verſtandes zuſammentreffen, den eigentlichen nervus probandi abgeben müſſen. Eine einzige Ausnahme giebt es nur, wo es, um die Gründe der Geſetze auszuforſchen, keiner pſychologiſchen Erklärung bedarf, nämlich, wenn eine Beſtimmung auf Gründen beruht, welche der gemeine Verſtand deutlich als Grundſatz aufzuſtellen pflegt, wenn man etwa das Gebot: beraube Niemand, auf den bekannten Grundſatz: reſpectire das Eigenthum eines jeden, zurückführen kann. Hier iſt es genug, die äußern Phänomene des gemeinen Verſtandes beobachtet zu haben; in den übrigen Fällen aber muß nothwendig die Pſychologie in letzter Inſtanz entſcheiden. Wird dieſe übergangen, ſo iſt der Fall eben der, als wenn z. B. die Newtonianer aus ihrem Syſtem demonſtriren wollten, warum der gemeine Mann den Körper für ſchwer halte. Hier iſt das Syſtem eine reine neue Entdeckung, den gemeinen Begriffen beynah widerſprechend. Beweiſt hingegen, warum jeder Sehende den nahen Gegenſtand für nicht ſo entfernt, als den entfernteren erklärt; ſo kann der wiſſenſchaftliche Beweis Niemand befremden, weil die Gründe des Syſtems und des gemeinen Verſtandes ſich nur durch die Ver-

ſchiedenheit der Deutlichkeit und Undeutlichkeit unterſcheiden.

Der philoſophiſche Ausleger ſoll alſo nicht glauben, daß die bloße trockne Analyſe eines metaphyſiſchen Grundſatzes, und die Anwendung deſſelben auf Gegenſtände der Erfahrung ihn allein in den Stand ſetze, in die Gründe des poſitiven Rechts einzudringen. Nur mittelbar kann ihm ein ſolches Syſtem bey der Auslegung Dienſte leiſten, nämlich hauptſächlich bey vergleichenden Nachforſchungen, und zum Behuf einer ſyſtematiſchen Darſtellung des Rechts. Will er vollkommen ſeinen Endzweck erreichen, ſo verbinde er mit den erworbenen Rechtsbegriffen, und genauer Beobachtung der äußern Erſcheinungen des gemeinen Verſtandes, feine, tiefe, umfaſſende pſychologiſche Kenntniſſe. Ohne die letzten fehlt es ihm durchaus an einem Mittelgliede, um in vielen, oder ſogar den mehrſten Fällen von der Philoſophie zu dem Poſitiven überzugehen.

Die letzte Bemerkung ſetzt es noch wohl mehr, wie alle vorhergehenden, außer Zweifel, daß wir gegenwärtig zu einer vollſtändigen philoſophiſchen Interpretation, d. h. einer ſolchen, welche auch die verborgenen Gründe einer poſitiven Geſetzgebung auszuforſchen ſucht, ſchlechterdings unfähig ſind. Die Pſychologie, in ſo fern ſie die Phänomene der practiſchen Vernunft betrifft, iſt ein bis jetzt noch völlig unbebautes, man möchte ſagen, ein völlig unbekanntes Feld, welches nicht eher cultivirt werden kann und wird, als bis die

Lehrer der Moral und des Naturrechts ihre Wiſſenſchaften einigermaßen vollendet haben. Bis dahin, bis zur geendigten Bearbeitung der Pſychologie, und bis wir reifere Beobachtungen über die äußern Phänomene des gemeinen und geſunden Verſtandes aufzuweiſen haben, möchte es dem philoſophiſchen Rechtslehrer wohl nur erlaubt ſeyn, hin und wieder eine einzelne wahrſcheinliche und natürliche Hypotheſe zu wagen, um ſich für die philoſophiſche Interpretation zu üben, und ein gewiſſes Intereſſe für dieſelbe rege zu erhalten; aber eigentlichen regelmäßigen Gebrauch davon zu machen, bevor jene Bedingungen nur einigermaßen erfüllt ſind: dieß würde eine nicht zu verzeihende Uebereilung ſeyn, und unſtreitig mehr zur Verfälſchung, als zur Aufhellung des Geiſtes des poſitiven Rechts beytragen.

Der philoſophiſche Juriſt wird ſich durch dieſe, in den Zeitumſtänden gegründete, nothwendige Beſchränkung ſeines Wirkungskreiſes auf keine Weiſe von dem Studio der Philoſophie abziehen laſſen: theils weil er hoffen darf, durch ſeine eignen Nachforſchungen zur Cultur der Wiſſenſchaft beytragen zu können, ſollte dieß auch nur ſeyn, indem er der faſt natürlichen Einſeitigkeit und Kurzſichtigkeit des Philoſophen von Profeſſion entgegenarbeitet, und eine gewiſſe Verbindung zwiſchen der Philoſophie und dem poſitiven Recht erhält; theils weil ihm bey Auffindung der Grundſätze für einzelne gegebene Beſtimmungen, und mittelbar, der Gebrauch der Philoſophie zur Auslegung, Darſtellung und gründlichen

Bearbeitung des poſitiven Rechts ſtets unentbehrlich ſeyn wird. Vollkommenheit iſt nicht das Ziel des Augenblicks, und auch dann werden wir ſchon ſehr viel gewinnen, wenn nur nach und nach theilweiſe die reine Ausbeute der Philoſophie von dem Juriſten aufgefaßt, und zum Zweck ſeiner Berufswiſſenſchaft benutzt wird.

Es iſt übrigens wohl nichts mehr zu wünſchen, und vielleicht dürfen wir uns mit der Erfüllung dieſes Wunſches ſchmeicheln, als, daß die eleganten und philoſophiſchen Rechtsgelehrten bald aufhören, ſich wie zwey entgegengeſetzte exiſtirende Parteyen zu unterſcheiden. Beide müſſen von ihren Anmaßungen nachlaſſen, und wechſelſeitig das Gute, was jeden eigenthümlich iſt, von den andern annehmen. Ohne Philoſophie giebt es keine vollendete Geſchichte; ohne Geſchichte keine ſichere Anwendung der Philoſophie. Beide fließen, als Hülfsmittel der Interpretation mannichfaltig in einander, und bedürfen einer fortgeſetzten, wechſelſeitigen Unterſtützung. Der Juriſt, dem es um Vollkommenheit zu thun iſt, wird daher ſtets bemüht ſeyn, beides, gründliche hiſtoriſche Kenntniſſe und philoſophiſche Einſichten mit einander zu verbinden: denn der hiſtoriſche Theil der Rechtswiſſenſchaft wird ſich nie durch eine ſcharfe Grenzlinie von dem philoſophiſchen trennen laſſen. In jedem derſelben ſind Lücken, welche nur allein durch das Eingreifen des andern ausgefüllt werden können.

Nach vielen Bemühungen, und nachdem ich ſchon lange die vorſtehende Abhandlung ausgearbeitet hatte, erhielt ich endlich das bekannte Programm des Herrn Prof. Gros: de iusto philosophiae usu in tractando iure Romano. Erlang. 1796. Ich finde nicht, daß ich genöthigt wäre, meine oben aufgeſtellten Behauptungen noch beſonders gegen den Verfaſſer zu vertheidigen. Die Abhandlung iſt im Weſentlichen gegen die vorhin angeführte Schrift: über die wiſſenſchaftliche Behandlung des römiſchen Privatrechts, gerichtet, und es wird darin befriedigend gezeigt, daß die ſyſtematiſch-hiſtoriſche Behandlung des Rechts, d. h. eine ſolche, welche ſich zu den höchſten Grundſätzen des Geſetzgebers erhebt, und dieſe mit den übrigen untergeordneten Grundſätzen deſſelben zur Einheit des Syſtems verbindet, die einzige iſt, welche ſich mit der Natur des poſitiven Rechts verträgt. Hierin ſtimme ich mit dem Verfaſſer vollkommen überein. Da aber derſelbe ſeine Gründe nur gegen einen gewiſſen Punct gerichtet, und nicht auf alle möglichen Arten des Gebrauchs der Philoſophie, der reinen ſowohl, als der empiriſchen, Rückſicht genommen hat: ſo bleibt mir nichts übrig, als, zu erwarten, ob nicht demſelben, oder einem andern, auch gegen meine Ideen etwas zu erinnern ſeyn möchte. — Ich glaube ſchon jetzt mit einiger Zuverſicht behaupten zu können, daß, wenn ich Gegner finde, unſer Streit mehr Worte, als die Sache ſelbſt betreffen wird.

Zehnte Abhandlung.

Ueber die zurückwirkende Fiction bey der legitimatio per ſubſequens matrimonium.

Bey jeder Art der Legitimation, ſagt man, oder ſagen vielmehr viele, fingirt das Geſetz, daß die legitimirten Kinder ehelich geboren ſeyen; bey der legitimatio per ſubſequens matrimonium aber wird außerdem noch fingirt, daß zur Zeit der Geburt unter den jetzt heirathenden Eltern eine Ehe Statt gefunden habe. Jenes kann man die fictio ſimplex, dieſes die fictio retrotractiva nennen.

Daß die fictio ſimplex ein Unding ſey, iſt ſchon von vielen gezeigt [1]). Der Geſetzgeber, welcher ehelich- und unehelich gebornen Kindern nach Gutbefinden Rechte nehmen und ertheilen kann, bedarf keiner Umſchweife,

1) Beſonders von J. J. Prehn Unterſuchung der Frage: ob die Legitimation außer der Ehe geborner Kinder ſich in einer römiſchen Erdichtung gründe. Roſtock, 1777. 4. §. 4. fgg.

welche ihn lächerlich machen. Allein wie iſt es mit der fictio retrotractiva? Höpfner ſagt: man muß unterſcheiden. Vor Juſtinian geſchah wirklich eine ſolche fiction, denn die Kinder einer freygelaßnen Concubine wurden nicht legitimirt. Juſtinian hat aber in Nro. 78. c. 4. auch die Legitimation ſolcher Kinder zugelaſſen, mithin die zurückwirkende Fiction ihrer Wirkungen beraubt. Auf dieſe Weiſe iſt der Streit über die Fiction bey der Legitimation, der aus Mangel deutlicher Ideen und gehöriger Unterſcheidung der Zeiten entſtanden iſt, zu entſcheiden [2]).

Ich habe unter den neuern Rechtsgelehrten keinen gefunden, welcher dieſem Raiſonnement nicht einige Kraft beygelegt, und die Fabel von der zurückwirkenden Fiction ſo angegriffen hätte, wie man ſie angreifen muß, um dem ganzen Dinge auf immer ein Ende zu machen. Prehn hat ſich in der angeführten Abhandlung gar nicht darauf eingelaſſen. Der Hr. Hofrath Glück [3]) erklärt ſich zwar im Allgemeinen wider die zurückwirkende Fiction, allein aus Gründen, wodurch, wie mir ſcheint, die eigentliche ſchwache Seite der Gegner nicht genau getroffen iſt. „Erſtlich, ſagt er, wozu bedurften die Geſetzgeber einer Fiction? Konnten ſie nicht ohne dieſe, kraft ihrer geſetzgebenden Gewalt, den unehelich gebor-

---

2) Commentar. §. 136.

3) Commentar. §. 140.

nen Kindern die Rechte ehelich geborner beylegen?" — Freilich wäre es mit dieſer Fiction auf allen Fall eine ſonderbare Sache; indeß werden und können die Vertheidiger derſelben einwenden, warum blieben die mit einer Sklavinn erzeugten Kinder von der Wohlthat der Legitimation ausgeſchloſſen? Dieſer Frage iſt keineswegs durch jenen Einwurf begegnet. — „Zweytens, fährt er fort, würde, wenn man eine ſolche Fiction annehmen wollte, hieraus offenbar folgen, daß die spurii nach dem Civilrecht hätten legitimirt werden können, weil deren Eltern zur Zeit des Beyſchlafs die Ehe frey ſtand, und doch erſtreckte ſich die Wohlthat der Legitimation nicht auf dieſe." — Keineswegs! werden die Gegner erwiedern. Bey der Legitimation geſchieht eine zurückwirkende Fiction; dieß heißt nicht: wo die Fiction möglich iſt, da werden die Kinder legitimirt, ſondern: wo jene unmöglich iſt, da werden ſie nicht legitimirt. Hieraus folgt aber nicht, daß die Legitimation unbedingt zugelaſſen wird, wo die Fiction möglich iſt: denn das liegt nicht in der Propoſition. — „Drittens, beſchließt der Verfaſſer, hat Juſtinian ſogar die Legitimation durch nachfolgende Ehe zugelaſſen, wenn gleich die Mutter zur Zeit der Conception oder Geburt der Kinder noch Sklavinn geweſen; wie reimt ſich dieß mit jener retrotractiviſchen Erdichtung? Selbſt diejenigen, welche ſie annehmen, müſſen daher zugeſtehen, daß Juſtinian dieſelbe aufgehoben habe." Dieſem Einwand werden Höpfner und ſeine Anhänger gern volles Gewicht bey-

legen, weil derſelbe das Geleugnete gewiſſermaßen wieder einräumt. Denn wozu die Provocation auf Juſtinians Verordnung, wenn die ganze Lehre von der Fiction eine Träumerey iſt? Man behauptet doch gewöhnlich nicht gern, daß der Gegner wenigſtens in dieſem Fall Unrecht habe, wenn man ihn überführen kann, daß ſeine Meynung in allen Fällen falſch ſey? Und dieß iſt es grade, worauf hier jetzt alles ankommt.

Um eine falſche Vorſtellungsart mit Sicherheit zu widerlegen, muß man ſorgfältig den Urſprung derſelben auszumitteln ſuchen. Wie und woher iſt die ganze Lehre von der retrotractiven Fiction entſtanden? Die Geſetze ſagen es nicht, daß die Legitimation auf einer ſolchen Erdichtung beruhe. Aus welchen Gründen hält man ſich denn berechtigt, dem Geſetzgeber dergleichen Künſteleyen unterzuſchieben? — Aus keinen andern, als, weil man die Verordnung fand: Kinder einer Sklavinn werden nicht durch die nachfolgende Ehe legitimirt. Nun aber hatte doch das Geſetz der Ehe mit der Concubine die Wirkung der Legitimation beygelegt. Warum alſo dieſe Ausnahme? Bey dieſer Frage entſtand nun in einem großen Kopf der Gedanke: ſollte ſich nicht der Knoten löſen laſſen, wenn wir bey dem Geſetzgeber eine Fiction vorausſetzen? Der Verſuch gelang natürlich, und ſo war denn wieder eine Schwierigkeit überſtanden. Höpfner ſagt zwar: bey der Legitimation geſchieht eine Fiction, daraus folgt, daß Sklavenkinder nicht legitimirt werden können. Allein dieß iſt nach der ge-

wöhnlichen Methode der Axiomatiker geſprochen, welche immer am liebſten den Schluß zum Vorderſatz machen.

Alles beruhet alſo auf der Beantwortung der Frage: läßt ſich jene Verordnung am leichteſten durch die Hypotheſe von der retrotractiven Fiction begreifen, oder giebt es einen bequemeren Ausweg? Einen andern Geſichtspunct darf und kann man hier ſchlechterdings nicht annehmen. Alſo ohne Umſchweife zur Beantwortung jener Frage!

Conſtantin wollte den Concubinat einſchränken, und führte zu dieſem Ende die legitimatio per ſubſequens matrimonium ein [4]. Unter Concubinat im eigentlichen Sinn verſtand man nur die Verbindung eines Freyen mit einer Freyen [5], obgleich auch zuweilen eine Sklavinn, welche zur Beyſchläferinn genommen war, concubina hieß [6]. Das Geſetz konnte alſo den in einem contubernio erzeugten Kindern nicht zu Statten kommen, und dieß um ſo weniger, da dieſe der Wohlthat der Legitimation nicht immer, und vielleicht nur

4) Die eigne Verordnung dieſes Kaiſers exiſtirt nicht mehr. *Heineccius* commentar. ad L. Juliam et Papiam Poppaeam p. 174. Doch wird dieſelbe in L. 5. C. de natur. lib. beyläufig erwähnt.

5) Paul. Sent. rec. L. II. T. 19. §. 1. 6. L. 14. §. 1. de ritu nupt. L. 3. C. de inceſt. nupt. L. 24. C. de liberal. cauſs.

6) L. 1. de concub. L. 8. de pignor. L. 38. pr. de reb. auctor. iudic. poſs.

höchſt ſelten, fähig waren. Warum indeß Conſtantin das Geſetz nicht ausdrücklich auf alle freye Concubinen-Kinder ausdehnte, darüber ſchweigt die Geſchichte. Die eigentliche Frage bleibt alſo: ſollen wir der Fiction das Wort reden, oder uns lieber dagegen erklären, wenn es möglich oder wahrſcheinlich iſt, daß die Kinder der Sklavinnen aus andern vernünftigen Gründen von der Legitimation ausgeſchloſſen blieben? Wohl ohne allen Zweifel das Letzte!

Man muß es ſich nur recht deutlich denken, was es heißt: ein Geſetzgeber, dem alles möglich und alles Gute erlaubt iſt, fingirt. Conſtantin ſetzt ſich hin, und will indirect dem Concubinat entgegen arbeiten. Er fällt auf das Inſtitut der Legitimation, und greift den Satz auf: alle Kinder der eigentlichen Concubinen ſollen Theil an dieſer Wohlthat haben; die aus einem contubernio erzeugten Kinder bleiben aber ausgeſchloſſen. Warum aber das Letzte? ſollte es nicht gut und billig ſeyn, auch dieſen, wenn ſie frey ſind, jene Wohlthat zuzuwenden? Nein, denn ich will dieſelbe nur den Concubinen-Kindern einräumen. Und warum? Weil ich will, daß man eine Ehe ſoll fingiren können. Und warum dieß? — Ipse nescio. — — Das iſt denn am Ende das ganze principium movens. — Welches Unternehmen, in ſolchem Geiſt nach den Gründen der Geſetze zu forſchen!

Die einzige Frage: ſollte Conſtantin nicht einen vernünftigen Grund gehabt haben? wirft die ganze Fabel

von der Fiction über den Haufen. Die Vertheidiger derſelben thun nichts, als daß ſie präſumiren, und da, dächte ich, ſollte doch wohl die allgemeine Präſumtion der Vernünftigkeit, der beſonderen Präſumtion der Unvernünftigkeit vorgehen. Dieſer Satz allein enthält eine vollſtändige Widerlegung der Höpfnerſchen Meynung; aber wir können noch weiter gehen, und beſondere vernünftige Gründe präſumiren. Conſtantin ſuchte bekanntlich vorzugsweiſe vor vielen neueren Kaiſern unanſtändige Verbindungen mit niedrigen Weibern zu verhindern 7). Wollte z. B. ein Senator ſeinen von einer Sklavinn erzeugten Sohn auch nur verſuchen, durch ein Reſcript legitimiren zu laſſen, ſo ſollte er infam werden 8). Wie, wenn Conſtantin es überhaupt nicht gewünſcht hätte, die Ehe des Herrn mit ſeiner geweſenen Sklavinn zu befördern? dafür laſſen ſich doch wohl vernünftige Gründe auffinden? — Vielleicht ſprach auch das Geſetz nur ſchlechthin von Concubinen. Da nun Privilegien nicht im weiteren ungewöhnlichen Wortverſtande zu verſtehen ſind, ſo konnte daſſelbe nicht auf die im contubernio erzeugten Kinder ausgedehnt werden. Dieſe Auslegung erhielt ſich bis auf Juſtinian (*a*). —

---

7) *Heineccius* ad L. Jul. et Pap. Popp. p. 137. fgg.

8) L. 1. C. de natural. lib.

(*a*) Es giebt manche andre Verordnungen im Römiſchen Recht, welche man auf keine andre Weiſe, als dieſe, erklären kann, und auch bisher ſo erklärt hat. Z. B. nach L. 13. de

Das alles ſind Möglichkeiten, und wahrſcheinliche Möglichkeiten, gegen welche das präſumirte Hirngeſpinnſt der retrotractiven Fiction auf allen Fall in einer höchſt traurigen Geſtalt erſcheint.

---

castr. pec. gehört dasjenige, was der Soldat von ſeiner Frau erbt, vermöge eines Reſcripts von Hadrian, zu dem peculio castrensi, nicht aber nach L. 8. eod. was er von ihr titulo donationis, legati etc. erhält. Sehr richtig ſagt darüber *de Retes* de castrens. pecul. cap. II. n. 11. (Meermann Thes. T. VI. p. 245): quum rescripto speciali effectum esset, ut uxoris hereditas annumeraretur peculio castrensi, quod nullam iuris rationem habet, sed merum favorem militum continet, — inde sequitur, ad legata vel donationes extendi non potuisse. —

Eilfte Abhandlung.

Ueber den eigentlichen Unterſchied zwiſchen titulus und modus acquirendi.

Die neueren Juriſten haben größtentheils ganz eigne und ſonderbare Begriffe vom titulus und modus acquirendi, denen man es gleich anſieht, daß ſie nicht die Begriffe der Römer waren, und ſeyn konnten. Dennoch werden dieſe Philoſopheme der wolfiſchen Schule grade ſo geſtellt und vorgetragen, als ob ſie unmittelbar aus dem römiſchen Recht abſtrahirt wären. Wo die Namen ſind, denkt man, muß auch die Sache ſeyn; und ſo iſt das Mittelglied zwiſchen dem Poſitiven und der Philoſophie leicht gefunden. — Wir wollen ſehen, in wiefern Cajus, Ulpian und Tribonian mit unſern heutigen Begriffen bekannt waren.

Das römiſche Recht erfordert in verſchiedenen Fällen zur Erlangung eines dinglichen Rechts gewiſſe Facta, welche an ſich genommen, nie einen vernünftigen Grund der Erwerbung eines beſondern Rechts enthalten, oder wenigſtens von den römiſchen Geſetzgebern in gewiſſen

Fällen nicht ſo angeſehen werden, als enthielten ſie einen ſolchen Grund, nämlich bey der Erwerbung durch Uebergabe und Uſucapion. Uebergabe an ſich kann nie als ein für ſich beſtehender Rechtsgrund der Erwerbung eines beſondern Rechtes gelten. Denn es werden durch dieſelbe mannichfaltige Arten der Rechte erworben, und es frägt ſich alſo immer im vorkommenden Fall, aus welchem Grunde ſoll hier die Uebergabe die Erwerbung des Eigenthums, oder eines andern dinglichen Rechts nach ſich ziehen? Dieſer Grund muß angegeben, und dann zugleich erwieſen werden, daß Vernunft oder Geſetz denſelben überhaupt und beſonders unter den gegebenen Umſtänden billigen (iustus titulus allegandus est). Eben ſo erforderten die römiſchen Geſetzgeber zur Vollendung der Uſucapion einen fortgeſetzten Beſitz in gutem Glauben. Ein ſolcher Beſitz ſchien ihnen aber nicht hinreichend, um binnen 3, 10 und 20 Jahren das Eigenthum zu ertheilen. Sie verlangten daher, es ſollten dem Beſitz ſolche Handlungen vorhergegangen ſeyn, welche den jetzigen Inhaber nach den ſonſtigen Regeln des Rechts würden zum Eigenthümer gemacht haben, wenn der Vorgänger deſſelben wirklicher Eigenthümer der Sache, oder zur Veräußerung derſelben befugt geweſen wäre; das Geſchäft, welches der Uebertragung des Eigenthums vorherging, ſollte wenigſtens an ſich keinen rechtlichen Mangel haben, und alſo im rechtlichen Verſtande ein entfernter vernünftiger Grund der Erwerbung ſeyn.

Dieſe Thatumſtände nun, welche den vernünftigen Grund enthalten, warum durch das äußre leere Factum der Uebergabe, oder das bey der Uſucapion für leer gehaltene Factum des fortgeſetzten Beſitzes in gutem Glauben ein beſonderes dingliches Recht erworben werden kann, heißen den Römern titulus, und das Factum, zu dem jener titulus hinzukommen muß, oder welches an ſich ſchon den hinlänglichen Grund der Erwerbung eines beſonderen Rechtes enthält, modus acquirendi. Dieſe Beſchreibung enthält indeß bloß Prädicate, welche auf den modus und titulus acquirendi paſſen; keinesweges aber eine eigentliche Definition, d. h. ein ſolche Beſchreibung, durch welche allein wir in den Stand geſetzt werden könnten, zu entſcheiden, was im vorliegenden Fall titulus, was modus acquirendi ſey; ob hier grade in dieſem Fall überhaupt ein titulus und modus acquirendi unterſchieden werden müſſe, oder nicht? Eine ſolche Definition läßt ſich ſchlechterdings nicht vom titulus und modus acquirendi aufſtellen. Denn bey der 3- 10- und 20jährigen Verjährung iſt der Beſitz im guten Glauben bloßer modus acquirendi. Bey der praescriptio longissimi temporis hingegen iſt eben derſelbe ſchon für ſich allein als Erwerbgrund hinlänglich. Dort bedarf derſelbe eines tituli, hier nicht. Im letzten Fall iſt alſo der bloße Beſitz in gutem Glauben ein vernünftiger Erwerbgrund bloß durch ſich ſelbſt; im erſten das Gegentheil. Die ganze Frage: welches ſind die Fälle, in denen wir einen modus und titulus acquirendi

unterſcheiden müſſen? iſt alſo rein hiſtoriſch, ſo wie es eine rein hiſtoriſche Frage iſt: wie viel Gattungen des dinglichen Rechts giebt es? Daß der Uſufructuar eine Vindication hat, der Pachter nicht, folgt eben ſo wenig aus dem Begriff eines dinglichen Rechts, als es aus den Begriffen von modus und titulus acquirendi erhellt, warum hier der Beſitz in gutem Glauben als ein an ſich vernünftiger Grund der Erwerbung angeſehen wird, dort hingegen einer Rechtfertigung bedarf. Dieß zu erklären, iſt allein das Geſchäft der Geſchichte, welche aber auch hier nicht einmal immer ihren Endzweck erreichen kann. Denn wie viel beruht nicht in dieſem und ähnlichen Fällen auf dem bloßen Zufall, deſſen Gründe die Geſchichte niemals aufgefaßt hat, und niemals aufzufaſſen im Stande ſeyn wird?

Der titulus und modus acquirendi ſind dieſemnach nicht Erforderniſſe jeder Erwerbung eines dinglichen Rechts. Nur bey der traditio und usucapio ſprechen die Römer von einem titulo und einem modo acquirendi. Bey andern Erwerbhandlungen hingegen, welche keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, oder zu bedürfen ſcheinen, fallen jene Unterſcheidungen ganz hinweg. Hier giebt es keinen, vom modus unterſchiedenen titulus acquirendi, weil jener zugleich die Stelle des letzten vertritt. So iſt z. B. ein titulus occupationis, specificationis, longissimi temporis praescriptionis, u. ſ. w., im Gegenſatz eines hiebey außerdem noch erforderlichen modi acquirendi, im römiſchen Recht etwas völlig uner-

hörtes. Will man hier einen titulus, und einen modus acquirendi herausbringen, ſo muß man erſt z. B. die Occupation in das nudum factum occupationis und den animus sibi habendi auflöſen. Dann laſſen ſich freilich bey jeder Erwerbart ein titulus und ein modus acquirendi unterſcheiden. Allein im Grunde ſind dieß doch nur unnütze und ſchädliche Diſtinctionen, welche bloß dazu dienen, die eigentlichen Begriffe der römiſchen Juriſten zu verdunkeln. Man denkt ſich dann unter occupatio, adiunctio und dergleichen ganz etwas anders, als was die Römer darunter verſtanden. Es iſt alſo ein bloßes Wortſpiel, wodurch, ſofern man daſſelbe auf das römiſche Recht anwendet, nichts als Verwirrung und Vermengung der Begriffe, beſonders des Anfängers, veranlaßt werden kann.

Alle dieſe Ideen ſind keineswegs neu, ſondern größtentheils ſchon von dem Herrn Etatsrath und Prof. Trendelenburg vor mehr als zwanzig Jahren mit möglichſter Beſtimmtheit und Klarheit in der Abhandlung: de iure possessionis circa fructuum perceptionem, wiewohl nur beyläufig, vorgetragen [1]. Weil

1) Selecta quaedam capita doctrinae de iure possessionis circa fructuum perceptionem, quam Praeside *A. F. Trendelenburg* ad disp. propon. *J. E. J. Dahlmann*. Chilon. Holsat. 1775. §. 3. „Facta vero illa nonnunquam ita comparata sunt, ut varias caussas acquirendi dominii sub se comprehendere possint, cuius generis est traditio,

aber dieſe Abhandlung, ſo lange der Herr Verfaſſer nicht den Wünſchen des Publicums nachgiebt, und eine Sammlung ſeiner ſämmtlichen kleinen akademiſchen Schriften veranſtaltet, nur in den Händen weniger iſt, und beyläufig geſagte Wahrheiten ſelten gehörig benutzt werden, ſo, denke ich, wird das, was hier daraus wiederholt iſt, nicht am unrechten Ort geſagt ſeyn.

Zuſatz.

Es iſt bekannt, daß Hugo neuerlich im civiliſtiſchen Magazin (4. B. 2. St. nr. VI.), die ganze Sache

---

quae multiplici ex caussa fieri potest. Quod si contingit, ex solius huius facti mentione facta nondum apparet specialis iuris ratio, ob quam mediante facto illo dominium acquirere iuste potuerimus; quare tum opus est, ut hanc indicemus, quod dum facimus, titulum nos designare dicimur; v. c. dum dicimus: tradita mihi res est iure emtionis, permutationis, donationis. Contra vero, si facta adeo simplicia sunt, ut unam tantum admittant caussam acquirendi dominii, iure stabilitam, opus non est, ut hanc in specie quaeramus, aut speciali nomine designemus. Ita, si occupatione dicimus nos rem acquisivisse, hoc uno verbo et factum et ius complectimur, ideoque necesse non est, ut specialem titulum indicemus. Quare dicimus quoque iure occupationis rem acquirere, non iure traditionis."

mit Rückſicht auf den Römiſchen Sprachgebrauch gründlicher und beſſer erörtert hat, als es oben geſchehen iſt. Seine Anſicht hier nochmals zu wiederholen, würde ganz unnöthig ſeyn.

Zwölfte Abhandlung.

Verſuch eines neuen Beweiſes, daß Geſchwiſter von einander die Alimente erzwingen können, nebſt einem Anhange über die Eintheilung der Verbindlichkeiten in mittelbare und unmittelbare.

Ueber die Frage, ob den Geſchwiſtern eine Zwangsverbindlichkeit obliege, ſich gegenſeitig die Alimente zu reichen, ſind die Meynungen der Neueren getheilt. Einige [1]) bejahen, andere [2]) verneinen dieſelbe. Die

1) *Leyser* Spec. 325. m. 1. 2.

2) *Müller* ad Leys. T. III. F. 2. Obs. 581. *F. Boehmer* ius nov. contr. T. 2. Obs. 150. *Walch* introd. in controv. iur. civ. S. 1. c. 2. m. 2. §. 21. Weber von der natürl. Verb. §. 102. S. 485. fgg. Höpfner Comm. §. 105. not. (2). *F. Popp* Diss. de imperfecta fratrum sororumque ad se invicem alendos obligatione. Altorf. 1780. Es iſt mir unmöglich geweſen, die letzte Abhandlung aufzutreiben, und ich kenne bloß den Auszug, welchen Müller a. a. O. daraus gemacht hat.

letzten ſcheinen auf den erſten Anblick bey weitem die überwiegendſten Gründe auf ihrer Seite zu haben.

Von den Vertheidigern der bejahenden Meynung werden hauptſächlich drey Geſetze angeführt: L. 13. §. 2. de administr. et peric. tutor. L. 1. §. 2. de tutel. et ration. distr. und L. 4. ubi pupill. educar. vel mor. deb. Das erſte ſagt aber bloß: wenn der Tutor der Mutter oder der Schweſter des Pupillen die Alimente giebt: ratum id habendum est. In dem zweyten heißt es: nonnullos casus posse exsistere, quibus sine reprehensione tutor auctor sit pupillo ad diminuendum, decreto scilicet interveniente; veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit; — — quinimo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit. In der L. 4. cit. endlich ſagt Julian: qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, quum in familia nupsisset, ducenta legaverat, nec quidquam praeterea, et tutorem eis Sempronium dedit. Is, a cognatis et propinquis pupillae perductus ad magistratum, iussus est alimenta pupillae, et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus dare; pubes factus pupillus puberi iam factae sorori suae ducenta legati caussa solvit. Quaesitum est, an tutelae iudicio consequi possit, quod in alimenta pupillae et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit. Respondi: existimo, etsi citra magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui

aluerit, et liberalibus artibus instituerit, quum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelae iudicio pupillo aut substitutis pupilli praestare debere.

Das letzte Geſetz ſagt freilich: der Tutor kann gezwungen werden, der Schweſter des Pupillen die Alimente nicht zu verweigern; allein daraus folgt nichts in Anſehung des Pupillen ſelbſt. Die Gründe, warum? ſetze ich aus dem Werke über die natürliche Verbindlichkeit als bekannt voraus. Es iſt mithin, da die Verwandlung einer Liebespflicht in eine Zwangspflicht nicht ohne Noth angenommen werden darf, durch die angeführten Geſetze an ſich ſoviel als nichts erwieſen.

Noch andre Gründe für die verneinende Antwort haben Walch und Müller a. d. a. O. Jener ſagt: qui legitimam alteri absolute relinquere haud debet, is nec obligatus est ad eum alendum. Allein dieſer Satz ſcheint mir keineswegs erwieſen und richtig zu ſeyn. Ehelich geborne Kinder ſind nicht verbunden, ihren natürlichen Geſchwiſtern den Pflichttheil zu hinterlaſſen, und dennoch ſollen ſie nach Juſtinians Verordnung ihnen — wahrſcheinlich weil ſie von der Erbſchaft ausgeſchloſſen ſind, die Alimente geben [5]. Die mütterlichen Aſcendenten konnten weder nach dem Civilrecht, noch nach dem prätoriſchen Edicte auf einen Pflichttheil An-

---

5) Nov. 89. c. 12. §. 6.

ſpruch machen [4], und doch räumt ihnen Ulpian unter gewiſſen Umſtänden ein Zwangsrecht auf Alimente ein [5]. Daſſelbe gilt von Ehegatten. Eben ſo ſchwach iſt das neue Argument, welches Müller aufgefunden zu haben glaubt. Nämlich er ſagt: wo eine Rechtsnothwendigkeit, d. h. eine dem Pupillen obliegende Zwangsverbindlichkeit vorhanden ſey, da bedürfe der Tutor keines Veräußerungsdecrets. Wo hingegen die Zwangsverbindlichkeit wegfalle, müſſe der Magiſtrat ſeine Einwilligung geben. Nun aber heiße es in L. 1. §. 2. cit. nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor sit pupillo ad deminuendum, *decreto scilicet interveniente*, veluti, *si — sorori — alimenta praestiterit.* Ohne den erſten Gedankenſtrich vor sorori würde Müller wohl nie das neue Argument producirt haben. Denn ſetzt man an die Stelle deſſelben die ausgelaſſenen Worte: matri aut, ſo ergiebt ſich gleich, daß zuviel bewieſen iſt, da die Mutter anerkanntermaßen ihren Sohn zwingen kann, ſie zu ernähren. Warum der Juriſt hier ein Decret fordert, iſt leicht einzuſehen. Mutter, Vater, Patron, Bruder und Schweſter haben nicht als ſolche ſchlechthin ein Recht auf Alimente, ſondern unter gewiſſen, oft ſehr ſchwer auszumittelnden Bedingungen. Um dabey nicht zu fehlen,

---

4) *F. G. C. Sartorius* Diss. de bonor. poss. quam contr. tab. parent. lib. agnosc. S. 1. §. 2.

5) L. 5. §. 2. de agnosc. et alend. lib.

werden unendlich mehr Rechtskenntniſſe vorausgeſetzt, als wenn etwa der Tutor nach Vorſchrift des Teſtaments, oder vermöge eines Vertrags, dieſe oder jene Sache verkaufen oder zurückgeben ſoll. Es iſt hier alſo ein Fall, wo es, bey aller Rechtsnothwendigkeit, dennoch am gerathenſten iſt, den Tutor an den Magiſtrat zu verweiſen; mithin hätte Müller die gewöhnliche Regel mit Rückſicht auf dieſen Fall reſtringiren, nicht aber aus einer irrig für unbedingt gehaltenen Regel falſche Folgerungen herleiten ſollen.

Bey dem allen bleibt indeß immer der Satz richtig, daß man, wenn ſonſt keine neuen Gründe aufgefunden werden können, den Geſchwiſtern das Zwangsrecht auf Alimente ſchlechthin abſprechen muß. Geraume Zeit war ich dieſer Meynung, bis endlich ein zufällig entdecktes Geſetz mich wanken machte, und zuletzt ganz für die Partey der Gegner gewann.

Die Stelle iſt aus Pauli Lib. 38. ad Edictum: Quum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur: inprimis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet; alimenta servis libertisque, nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit; solennia munera parentibus cognatisque mittet. *Sed non dabit dotem sorori, alio patre natae; etiamsi aliter ea nubere non poterit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit,*

quae ſervanda arbitrio pupilli eſt [6]). Der weſentliche Inhalt dieſes Geſetzes iſt: der Tutor ſoll a) die Zwangspflichten des Pupillen erfüllen; er ſoll b) alles thun, was dem Pupillen in Anſehung ſeines Vermögens vortheilhaft iſt; er ſoll ferner c) die ſogenannten Ehrenpflichten des Pupillen, d. h. diejenigen, welche man durchaus nicht vernachläſſigen darf, um im gemeinen Leben für einen honetten Menſchen gehalten zu werden, erfüllen, alſo z. B. nach unſern Sitten, wenn der Mündel über 14 Jahre, und zum Taufzeugen gebeten iſt, das gewöhnliche Pathengeld für ihn geben, oder, nach Römiſchen Gebräuchen, den Aeltern und nahen Verwandten deſſelben das herkömmliche Geburtstagspräſent ſchicken [7]), nicht aber d) die bloß moraliſchen Verbindlichkeiten deſſelben — quae honeſte et ex liberalitate fiunt — erfüllen.

Nun aber iſt es a) von ſelbſt einleuchtend, daß wenn der Tutor die Geſchwiſter des Pupillen nährt und kleidet, dieſe Handlung keineswegs zu den einträglichen gehört. Eben ſo wenig wird es b) von den Römern als eine Handlung der bloßen Schicklichkeit und des bloßen Anſtandes angeſehen, wenn man Jemand die Alimente giebt, ſondern überall, wo der Gebende nicht dazu gezwungen werden kann, rechnen ſie dieſelbe zu den Handlungen der Moralität, des Mitleids und der Wohlthätig-

6) L. 12. §. 3. de adminiſtr. et peric. tutor.

7) *Briſſonius* ſelect. antiqu. L. 4. c. 3.

keit. „Titium, si *pietatis respectu* sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi [8].“ „Si *paterno affectu* privignas tuas aluisti, seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est [9]). Die Pflicht, die Geſchwiſter zu ernähren, kann alſo nur entweder zu den Zwangs⸗, oder zu den Liebespflichten gehören. Da nun aus den oben angezogenen Geſetzen erhellet, daß der Tutor dazu gezwungen werden kann, der Tutor aber nach dem Ausſpruch des Paulus nicht einmal die Liebespflichten des Pupillen erfüllen darf: ſo ſcheint mir unwiderſprechlich zu folgen, daß man die Pflicht, den Geſchwiſtern die Alimente zu verabreichen, nothwendig zu den Zwangspflichten zählen muß.

Daß das argumentum a contrario auch hier täuſchen kann, gebe ich freilich zu; aber, damit ich eingeſtehe, daß es hier wirklich täuſcht, verlange ich mit Recht, daß man mir erſt andre Stellen zeige, wo jene Pflicht ausdrücklich unter den Liebespflichten aufgeführt wird.

Was mich außerdem noch mehr von der Wahrheit meiner Meynung überzeugt, iſt theils das Princip, von welchem die Römiſchen Juriſten überhaupt in dieſer Materie ausgingen, theils der Umſtand, daß ſie ſich ſorgfältig hüteten, die Perſonen, denen die Alimente

---

8) L. 27. §. 1. de negot. gest.

9) L. 15. C. eod. (2. 19.)

gebühren, auf eine beſtimmte Zahl, und beſtimmte Claſſen einzuſchränken. Utrum autem, ſagt Ulpian, tantum patrem, avumve paternum, proavumque, paterni avi patrem, ceterosque virilis sexus parentes, alere cogamur, an vero etiam matrem, ceterosque per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrubique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini. Et *quum ex aequitate haec res descendat, caritateque sanguinis*, singulorum desideria perpendere iudicem oportet [10]). Die letzten unterſtrichenen Worte, verglichen mit den in L. 13. §. 2. cit. vorkommenden Worten: nam quum *bonae ſidei iudicium sit*, nemo feret aut pupillum aut substitutum eius, querentes, quod *tam coniunctae personae* (nämlich Mutter und Schweſter) *alitae sint*, geben einen neuen Beweis, daß die längſt außer Gebrauch gekommene Lex voconia nicht den geringſten Einfluß auf Julians und Ulpians Entſcheidungen hatte, wie Popp ohne Grund vermuthet [11]), und daß mithin das, was die Geſetze hier von den Schweſtern beyſpielsweiſe anführen, auch auf die Brüder angewandt werden muß. Auch iſt es nicht unerheblich, wenn Leyſer a. a. O. darauf aufmerkſam macht, daß überall Mutter und Schweſter mit einander verbunden, und in Einer Pro-

---

10) L. 5. §. 2. de agnosc. vel alend. lib.

11) S. Müller l. c.

poſition angeführt werden, welches nicht geſchehen ſeyn würde, wenn ihr Recht auf Alimente bald für ein Zwangs-, bald für ein bloßes Gewiſſensrecht gehalten wäre [12]). Der Grund, warum nicht auch die Brüder zum Beyſpiel angezogen ſind, lag wahrſcheinlich darin, weil das weibliche Geſchlecht überhaupt hülfsbedürftiger, als das männliche iſt, und weil die Römer in ihren Teſtamenten ihre männlichen Deſcendenten weit beſſer, als ihre Frauen und Töchter zu bedenken pflegten.

Uebrigens erhellet auch noch aus dem eben hergeſetzten Fragment Ulpians, daß die Frage: welche Verwandten können ſich die Alimente erzwingen? durchaus nicht völlig beſtimmt und befriedigend aus dem Römiſchen Recht beantwortet werden kann. Ulpian ſtellt ein Princip auf, welches nur der gehörig verſtehen und anwenden kann, dem der Geiſt deſſelben aus der Erfahrung bekannt iſt; dem ein gewiſſes lebendiges Bild des herrſchenden Gerichtsgebrauchs vor Augen ſchwebt. Hätten wir es vermocht, uns dieſes Bildes zu bemächtigen, ſo würden gewiß unzählige Controverſen nicht entſtanden ſeyn, und wir würden Licht und Gewißheit haben, wo wir uns jetzt auf ein ungewiſſes Umhertappen und Errathen einſchränken müſſen [13]). Mir ſcheint, dieſe Bemerkung

---

12) *Averanii* interpretat. L. II. c. 29. n. 6. 7. 8.

13) Ein Beyſpiel hievon kann der Titel: de condiction. triticiar. geben, bey welchem *Noodt* in Comm. ad P. bemerkt: ad hunc titulum nullam adferam interpretationem,

könnte vortrefflich in einer Apologie der Juſtinianiſchen Geſetzgebung benutzt werden. Der Gerichtsgebrauch, welcher noch zu Juſtinians Zeiten lebendig fortwirkte, hatte eine unendliche Menge von Begriffen bekannt und alltäglich gemacht, und klare Ideen eingeprägt, welche nie von den Juriſten in ihren Werken umſtändlich entwickelt und dargeſtellt wurden, nie entwickelt und dargeſtellt zu werden brauchten. Dieſen lebenden Genius ſchmückte Juſtinian mit ſeinem Syſtem aus. Er lehrte größtentheils nur, was er lehren konnte; nur das Bemerkungswerthe, was ſich nicht, als alltäglich, der Wahrnehmung entzog. Für ſeine Zeitgenoſſen war mithin ſeine Geſetzgebung bey weitem nicht ſo unvollkommen, als ſie uns ſeyn muß, die wir bloß neue Geſetze zu einem alten Gerichtsgebrauch erhalten haben, und aus dieſem die Lücken und Dunkelheiten jener zu ergänzen und aufzuklären ſchlechterdings unfähig ſind. Es wäre daher auch zu wünſchen, daß die Lobredner des Römiſchen Rechts den abſoluten und relativen Werth deſſelben genauer unterſchieden, und die Vorzüge einer Geſetzgebung zunächſt nur nach dem Zweck derſelben, nicht aber nach außerweſentlichen Eigenſchaften beurtheilten.

---

non adsuetus alios docere, quod ipse non intelligo. Vielleicht hätte ein gemeiner Richter zu Juſtinians Zeiten alles verſtanden, was Noodt hier überall unbegreiflich und unerklärbar ſcheint.

Indem ich hier gegen den Herrn Prof. Weber die gemeine Meynung in Schutz genommen habe, ſehe ich mich auf der andern Seite genöthigt, etwas zu widerrufen, was ich bey einer andern Gelegenheit wider denſelben erinnert hatte. In meiner Inaugural-Schrift nämlich verſuchte ich es, den Ungrund der Eintheilung in obligationes mediatas und inmediatas darzuthun [14]), aus eben den Gründen, welche man in der bekannten, von mir damals noch nicht geleſenen Meurerſchen Abhandlung [15]) noch weitläuftiger, als in meiner Schrift, ausgeführt findet. Ich behauptete, was auch jetzt nicht leicht mehr geleugnet werden wird, daß jede Verbindlichkeit zugleich als Grund der Exiſtenz etwas Factiſches, als Grund der Möglichkeit ein Geſetz vorausſetze, daß folglich die unmittelbare Verbindlichkeit, als alleiniges Product des Geſetzes, ein Unding ſey. Um meinen Satz zu erläutern und zu vertheidigen, verſuchte ich es, die in dem Werk über die natürliche Verbindlichkeit §. 32—38. aufgeſtellten Ideen zu widerlegen, in der feſten Ueberzeugung, daß daſelbſt die von mir beſtrittenen Begriffe einen Vertheidiger gefunden hätten. — Schon vor einem Jahr entdeckte ich, daß ich mit Schatten gekämpft habe,

14) Diss. de genuina iuris personar. et rer. indole p. 65. not. 12).

15) Von dem Ungrund der Eintheilung der perſönlichen Rechte und Verbindlichkeiten in ſolche, die mittelbar, und ſolche, die unmittelbar aus den Geſetzen entſpringen. N. 1. der juriſt. Abhandlungen und Beobachtungen.

und ich begreiſe jetzt kaum, wie ich dem Verfaſſer eine Meynung andichten konnte, gegen welche ſich derſelbe ausdrücklich verwahrt hat. Eine perſönliche Zuſammenkunft mit dem Herrn Prof. Weber gab mir kurz darauf Gelegenheit, denſelben mündlich wegen meiner Uebereilung um Verzeihung bitten zu können. Wäre dieß nicht geweſen, ſo würde ich ſchon früher meine Pflicht zu erfüllen, und dieſe Erklärung in das Publicum zu bringen geſucht haben.

Bey dem allen aber kann ich mich dennoch keineswegs für dieſe Eintheilung überhaupt erklären, ſondern ich bin nach wie vor überzeugt, wenn auch aus neuen Gründen, daß dieſelbe überhaupt nicht in der Rechtswiſſenſchaft geduldet, wenigſtens alles Einfluſſes auf die ſyſtematiſche Anordnung des poſitiven Rechts, wie es iſt, beraubt werden ſollte.

Wenn die neueren Rechtsgelehrten ſich unter obligationibus inmediate et mediate ex lege oriundis überhaupt etwas vernünftiges denken, ſo verſtehen ſie, ſo dunkel ſie ſich auch auszudrücken pflegen, unter den letzten diejenigen, welche auch ohne ein poſitives Geſetz aus gegebenen Handlungen entſprungen ſeyn würden, unter jenen hingegen diejenigen, welche aus Handlungen oder Thatumſtänden entſpringen, denen das poſitive Recht erſt die Wirkung beygelegt hat, dieſe oder jene Verbindlichkeit nach ſich zu ziehen. Bey der obligatio mediata müſſen ſtets Handlungen exiſtiren, welche ſo beſchaffen ſind, daß ſie die Vernunft an ſich als obliga-

toriſch anerkennen würde; bey den obligationibus inmediatis hingegen iſt dieß nicht der Fall, weil ihnen das poſitive Recht ohne alle Rückſicht die obligatoriſche Wirkung beylegt, oder, wie Schmidt [16]) ſagt: factum hic est caussa remota, seu conditio sine qua non; lex vero est caussa efficiens proxima huius obligationis. Bey der obligatio mediata verfährt das poſitive Geſetz bloß beſtätigend, die Verbindlichkeit iſt unmittelbar durch das Factum gegeben, und wird nur nicht durch das bürgerliche Recht aufgehoben, das Factum iſt obligatoriſch, wie man ſagt; bey der obligatio inmediata hingegen ſchafft das poſitive Recht die Verbindlichkeit, legt dieſelbe einer Handlung oder einem andern Thatumſtand als Wirkung bey, iſt alſo auch das unmittelbar conſtituirende Princip, dem das Factum nur allein Wirkſamkeit verſchafft. Zu jenen werden gemeiniglich alle Verbindlichkeiten gezählt, welche aus Handlungen der Willkühr, beſonders alle diejenigen, welche aus Verträgen und Verbrechen entſpringen; zu dieſen die mehrſten aus andern Quellen entſtehenden Verbindlichkeiten.

In dieſem Sinn iſt die Eintheilung an ſich allerdings vernünftig, und in der Natur der Sache gegründet. Dennoch aber glaube ich, auf meiner obigen Behauptung beſtehen zu müſſen, und zwar aus folgenden Gründen:

---

16) *J. L. Schmidt* institutt. iur. civil. §. 1221.

1) Die Benennung paßt bey dieſer Eintheilung durchaus nicht zu den derſelben untergelegten Begriffen, und man muß ſtets gegen den Sprachgebrauch kämpfen, wenn man die Worte in dem angenommenen Sinn verſtehen will. Unter dem Ausdruck lex ſchlechthin die lex positiva zu verſtehen, iſt etwas ungewöhnliches; man ſollte alſo wenigſtens das positiva ausdrücken. — Außerdem ſind die Beywörter mediate und inmediate unſchicklich gewählt. Das Mittelbare deutet immer etwas entferntes an, z. B. er iſt mittelbar durch mich dazu veranlaßt. Dieß heißt nach unſerm Sprachgebrauch: erſt that ich etwas, dieß führte ihn hier oder darauf, dieß noch weiter, und ſo kam er hin, wo er iſt. Bey der mittelbaren Verbindlichkeit müßte alſo das poſitive Geſetz zuerſt die Verbindlichkeit vorbereiten, und wenn dieß geſchehen wäre, gäbe das natürliche Recht und das Factum den Ausſchlag. Die Ordnung iſt hier aber grade umgekehrt. Auch iſt nicht abzuſehen, warum man eine doppelte Benennung für eine und dieſelbe Sache einführen will. Denn wir haben in unſern Syſtemen auch obligationes positivas naturales und mixtas, und dieſe coincidiren ganz und gar mit den obligationibus inmediatis und mediatis.

2) Es iſt nicht räthlich, die Verbindlichkeiten in der poſitiven Rechtswiſſenſchaft jemals nach dieſer Eintheilung zu claſſificiren, und von derſelben für das Syſtem Gebrauch zu machen. Die Grundſätze der Philoſophen und Rechtsgelehrten über das, was nach dem

Natur-Recht verbindlich iſt, ſchwanken und wandeln ſich von Tage zu Tage. Heute wird die Verbindlichkeit der Verträge mit Glück angefochten, morgen mit eben demſelben Glück vertheidigt. Höpfner geſtattet ſchon aus dem Natur-Recht einen Regreß gegen den Geſchäftsherrn, wenn die Einwilligung deſſelben zu vermuthen war [17]; tauſend andre hingegen ſuchen mit Feuer und Schwert ein ſolches weitläuftiges Princip aus der natürlichen Rechtswiſſenſchaft zu verbannen. Legt man alſo jene Eintheilung bey der ſyſtematiſchen Anordnung des poſitiven Rechts zum Grunde, ſo ſetzt man dieſes, in Anſehung ſeiner Form, alle den Revolutionen aus, welchen das Natur-Recht vielleicht noch lange unterworfen ſeyn wird. — Wählt alſo lieber eine Eintheilung, welche ſelbſtſtändig den Veränderungen des Wetters trotzt, und überlaßt es jedem, nach ſeinem individuellen Syſtem des Natur-Rechts ſich anzumerken, welche Verbindlichkeiten er für mittelbare und unmittelbare halten kann und will. Es kann nicht genug wiederholt werden, daß man ſich jetzt mehr wie je bemühen ſollte, die Form des poſitiven Rechts von den natürlichen Begriffen unabhängig zu machen. Ich behalte es mir vor, dieſen Satz bey einer andern Gelegenheit weiter auszuführen, und

---

17) In der dem Naturrecht angehängten dritten Abhandlung: Kurze Erörterung der Frage: ob die vermuthete Einwilligung im Natur-Recht Statt finde? S. 278. 79. der 4ten Ausg.

mit einigen, vielleicht noch merkwürdigeren Beyſpielen zu belegen.

3) Es iſt ſchlechterdings unmöglich, nach dieſer Eintheilung ein irgend einfaches Syſtem des poſitiven Rechts zu Stande zu bringen, ſondern man muß, wenn man ſich conſequent bleiben will, die ganze Maſſe des letzten ſo zerſtückeln, die einzelnen Theile überall ſo aus ihrer natürlichen Verbindung reißen, daß am Ende mit der undankbarſten und verderblichſten Mühe nichts weiter als ein buntſchäckiges, verwirrtes Machwerk herauskommen wird. Die aus einem Contract und einem Verbrechen entſpringenden Verbindlichkeiten ſind keineswegs unbedingt reine obligationes mediatae, ſondern nur diejenigen, welche nicht der Willkühr des poſitiven Rechts ihr Daſeyn verdanken. So würde z. B. ein großer Theil der Lehre von den Wirkungen der Stipulation gar nicht unter dem Titel der mittelbaren Verbindlichkeiten abgehandelt werden können, und eben ſo ein großer und noch größerer Theil der Lehre de obligationibus quae ex delicto nascuntur. Der Syſtematiker müßte alſo die mehrſten zuſammengehörigen Lehren erſt ſo zerſtückeln, zermalmen und durcheinander miſchen, daß Saft und Blut des poſitiven Rechts ganz dabey verfliegen und vertrocknen würden.

4) Die Vertheidiger der hier beſtrittenen Eintheilung bezeigen viel zu viel gutmüthige Barmherzigkeit gegen die erſten Erfinder derſelben, und bedecken den Fehler der letzten, ſtatt denſelben zu rechtfertigen. — Wenn

man doch etwas offenherziger wäre, und nicht durch untergeſchobene Ideen alte Irrthümer aufzuputzen ſuchte! Laßt es uns nur geſtehen: die Alten dachten bey ihrer obligatio inmediata ganz etwas anders, als was wir, nach und nach von Irrthümern befreyt, unvermerkt den alten Worten untergeſchoben haben. Es gab gewiſſe Fälle, wo der factiſche Grund der Verbindlichkeit in die Augen fiel, wo es leicht war, denſelben mit einem beſondern bekannten Namen zu belegen, z. B. die obligatio ex contractu, ex delicto. War es hingegen ſchwer, dieſen äußeren Grund zu entdecken, oder durch einen bekannten Namen zu bezeichnen: ſo half man ſich mit einem vagen allgemeinen Ausdruck, welcher wenigſtens, wie ein vel non, das Ganze befaßte, ohne charakteriſtiſche Merkmale anzugeben. In dieſem Geiſt theilte Cajus ein, indem er ſchrieb: obligationes ex contractu sunt, aut ex maleficio, aut — proprio quodam iure ex variis causarum figuris [18], und eben ſo entſtand der ſchändliche Galimathias Modeſtins, wie Meurer ſagt [19]: obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut — *lege*, aut iure honorario, aut necessitate, aut peccato [20]. Wir richten daher mit unſern neuen Begriffen nichts weiter aus, als daß wir eine Täuſchung befördern helfen, und das

18) L. 1. de Obl. et Act.

19) a. a. O. §. 12.

20) L. 52. l. cit.

Verſtehen der Alten unendlich erſchweren. So würde z. B. der, welcher nur allein die geläuterten Begriffe eingeſogen hat, ganz außer ſich kommen, wenn er fände, daß ein Schriftſteller die obligationes quae ex contractu et delicto, quasi ex contractu und quasi ex delicto entſpringen, unbedingt zu den mittelbaren zählte, wie doch ſehr allgemein geſchehen iſt [21].

Im Grunde kann man alſo auch nicht die Eintheilung berichtigt nennen, oder ſagen, ſie ſey allerdings gegründet, wenn man ſie recht verſtehe. Alten Worten, mit Wegwerfung der alten Begriffe, neue Begriffe unterlegen, heißt nicht, jene recht verſtehen, ſondern für ſeine eignen Ideen eingeführte Zeichen leihen. Wenn wir jetzo unter ius gentium Völkerrecht denken, ſo iſt dadurch die Bedeutung dieſer Wörter, wie ſie ſich im Römiſchen Recht finden, nicht um ein Haar aufgeklärt oder berichtigt, und eben ſo wenig werden unſre aufgeklärten Begriffe von obligatio mediata und inmediata den alten zu ſtatten kommen.

Beſſer wäre es, man ſagte: die alte Eintheilung taugt nicht. Laßt uns dieſelbe bis auf den Namen aus unſrer Wiſſenſchaft vertilgen, und paſſendere Wörter für unſre berichtigten Begriffe aufſuchen, damit dieſe nicht durch die, den alten Zeichen anklebenden irrigen Vorſtellungsarten verfälſcht werden, und gegen Mißverſtändniſſe geſichert ſind.

---

21) Höpfners Comment. §. 730. §. 814. §. 1103.

Dreyzehnte Abhandlung.

Gehen die Erben des während der Deliberationszeit verſtorbenen Erblaſſers dem Subſtituten vor, oder nicht? Gegen Crell.

In den älteren Zeiten gab es, außer der von Juſtinian L. 19. princ. C. de iure delib. erwähnten, keine Transmiſſion des Antretungsrechts. Starb der Eingeſetzte vor Antretung der Erbſchaft, ſo kam die Reihe an den Subſtituten, die Miterben, die Inteſtaterben u. ſ. w. Theodos machte zuerſt eine Ausnahme von dieſer Regel zum Vortheil der Deſcendenten [1]. Juſtinian erweiterte in der Folge dieſe Verordnung, und gab überhaupt allen Erben das Recht, binnen der geſetzlichen Deliberationsfriſt die Erbſchaft ſtatt des Eingeſetzten anzutreten [2].

Nach dem ältern Recht ward natürlich der Subſtitut den Erben des Erben vorgezogen, weil dieſen überhaupt

1) L. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditat. transmitt. (6. 52.).

2) L. 19. C. de iure deliberandi. (6. 30.).

gar kein Antretungsrecht zuſtand. Allein wie iſt es jetzt zu halten, da nach dem neueſten Recht der letzte Grundſatz völlig aufgehoben iſt? Die Frage iſt bis jetzt ſehr beſtritten geweſen, doch ſcheinen die mehrſten der Meynung zu ſeyn, welche Crell in einer eignen Abhandlung [5]) vertheidigt hat, nämlich, daß der Subſtitut den Erben des Erben vorzuziehen ſey.

Obgleich die Auctorität eines ſo ſcharfſinnigen und helldenkenden Mannes, wie Crell wohl in vorzüglichem Maße war, nicht ohne Gewicht iſt: ſo glaube ich dennoch, daß die Gegenpartey das Recht auf ihrer Seite hat, und daß die Gründe, durch welche Crell ſeine Behauptung unterſtützt, bey einer ſtrengen Prüfung nicht beſtehen können. — Da kein anderer Schriftſteller, ſoviel ich weiß, die vorliegende Frage ſcharfſinniger und ausführlicher, als Crell, erörtert hat: ſo werde ich mich hauptſächlich allein auf die Widerlegung der angeführten Abhandlung beſchränken.

Crell vertheidigt ſeinen Satz im Weſentlichen durch folgende Gründe:

1) Wer einen Subſtituten ernenne, thue es in der Abſicht, um ihn den Erben des instituti vorzuziehen, denn ſonſt würde er dieſe mit eingeſetzt haben, wie dieß auch bey den Römern, wenn ſie den Subſtituten hätten

---

5) Diss. utrum herede instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur. Vitemb. 1734. (Dissertatt. et Programmatt. Crellianorum Fasc. III. n. 19.)

zurückſetzen wollen, geſchehen ſey [4]. Die Präſumtion ſtreite alſo ſtets für den Subſtituten.

Geſetzlich anerkannt iſt dieſe Präſumtion nicht. Wir wollen ſehen, wiefern ſie in der Natur der Sache gegründet iſt.

Es ſind überhaupt drey Fälle möglich; entweder haben die Geſetze vorgeſchrieben: 1) der Subſtitut ſoll im Zweifel den Erben, oder 2) die Erben ſollen im Zweifel dem Subſtituten vorgehen, oder 3) es iſt nichts darüber beſtimmt, d. h. es iſt ungewiß, ob die Geſetze dieſem oder jenem den Vorzug geben. Im erſten Fall müſſen natürlich die Erben namentlich mit benannt ſeyn, wenn ſie dem Subſtituten vorgehn; im zweyten hingegen müſſen ſie namentlich ausgeſchloſſen ſeyn, wenn ſie ihm nachſtehen ſollen; im dritten endlich iſt offenbar der beiderſeitige Vorzug zweifelhaft. Geſetzt A iſt institutus, B substitutus. A ſtirbt während der Deliberationsfriſt, und ſeine Erben wollen die übrige Zeit zur Antretung benutzen. B will ihnen als Subſtitut vorgezogen werden, ſie hingegen wollen ihm als Erben vorgehen. Worauf gründen beide Theile ihr Vorzugsrecht? Unleugbar B auf die Regel: wenn der institutus wegfällt, ſo tritt der Subſtitut an die Stelle deſſelben; die Erben im Gegentheil ſtützen ſich auf die eben ſo allgemeine Regel: wenn der institutus während der Deliberationsfriſt ſtirbt, ſo iſt es den Erben deſſelben erlaubt, an ſeiner Statt

4) L. 85. de hered. inst.

die Erbſchaft anzutreten. Es iſt hier alſo, wie man ſieht, unleugbar eine Colliſion zweyer Regeln, deren eine, wenn ſie vorgezogen wird, die andre für den vorliegenden Fall gänzlich aufhebt. Allein welche iſt hier die regula restringens, und welches iſt der Grund, warum ſie zur reſtringirenden gemacht wird? Der Subſtitut wird den Erben ſagen: hätte der Teſtator gewollt, daß ich euch nachſtehen ſollte: ſo würde er mich für dieſen Fall ausgeſchloſſen haben. Die Erben hingegen werden ihm erwiedern: hätte uns der Teſtator dir nachſetzen wollen: ſo würde er dich vorgezogen haben. Es iſt hier alſo, ſo gewiß, als ſich etwas mathematiſch beweiſen läßt, ein Fall, wo durchaus ein Schnitterurtheil gefällt werden muß, wenn man keine anderweitige Gründe vorbringen kann, aus welchen ſich ergiebt, daß die Geſetze den Subſtituten dem Erben, oder den Erben dem Subſtituten vorziehen. In der Subſtitution an ſich liegt mithin kein Grund des Vorzugsrechts, und wenn Crell einen ſolchen darin zu finden glaubt, ſo ſchließt er, ohne es zu wiſſen, im Zirkel, d. h. unter der zu beweiſenden Vorausſetzung, daß der Subſtitut den Erben im Zweifel vorgehe.

Die Römer hatten freilich in älteren Zeiten die Sitte, die Erben namentlich zu benennen, wenn ſie ihnen den Subſtituten nachſetzen wollten. Allein warum? Weil es damals gar keine Transmiſſion gab. Crell argumentirt alſo wieder im Zirkel, wenn er aus dieſer

Sitte für ſeine Behauptung entſcheidende Gründe hernimmt.

Weder ſcheinbarer, noch bündiger ſcheint mir

2) das folgende Raiſonnement zu ſeyn, deſſen ſich Crell und ſeine Anhänger bedienen: ein correctoriſches Geſetz ſey ſtrict zu interpretiren, und eine nachfolgende allgemeine Vorſchrift hebe die beſondern vorhergehenden Beſtimmungen nicht auf. Nun aber ſage Paulus [5]) ausdrücklich: si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem, et si non ita adierit, alius ei substituatur, prior autem heres, antequam adiret, decesserit: nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis exspectare non solet. Dieſe beſondere Vorſchrift werde mithin nicht durch die allgemeine der L. 19. C. cit. aufgehoben.

Es werden einige Zurüſtungen nöthig ſeyn, um dem Leſer die Unrichtigkeit dieſes Raiſonnements von allen Seiten bemerklich zu machen.

Was heißt ſtrict interpretiren? Gewöhnlich ſpielt der Juriſt mit dieſer Redensart. Der eine verſteht dieß, der andre das darunter. Jeder nimmt nach Gelegenheit der Sache den Sinn an, welcher ihm der bequemſte iſt. — Wir müſſen daher vor allen Dingen über die verſchiedenen Bedeutungen aufs Reine kommen.

Ein Geſetz iſt entweder zweydeutig, oder nicht; jenes, wenn daſſelbe vermöge des Sprachgebrauchs eine

5) L. 72. de acquir. vel omitt. hered.

doppelte Auslegung zuläßt [6]), dieſes, wenn die Worte nach dem Wortverſtande deutlich, beſtimmt, und keiner alternativen Auslegung fähig ſind. Legt man nun ein correctoriſches zweydeutiges Geſetz ſo aus, daß man die Worte in dem Sinn nimmt, welcher am wenigſten von den vorhergehenden Grundſätzen entfernt [7]): ſo heißt dieß eine ſtricte Interpretation.

Iſt hingegen das Geſetz nicht zweydeutig, ſo kann daſſelbe interpretirt werden: 1) reſtrictive, wie man es nennt, wenn man die Sphäre des Geſetzes weiter

---

6) Z. B. das Geſetz ſagt: der Nutznießer iſt possessor. Wie iſt das zu verſtehen? Bald heißt possessor jeder, welcher die Sache aus einem rechtlichen Grunde und in rechtlicher Abſicht (animo possidendi) detinirt, und dann ſind auch die, welche nomine alieno beſitzen, (die possessores naturales s. str.) possessores; bald verſteht man nur denjenigen Beſitzer darunter, welchem alle auf die Schützung und Wiedererlangung des Beſitzes abzweckende Rechtsmittel zuſtehen (possessor suo nomine). Hier iſt alſo eine eigentliche Ambiguität, wenn man das Geſetz nicht aus andern Quellen erklären kann. Ein andres Beyſpiel ſ. in L. 3. §. 2. pro socio.

7) Als Beyſpiel kann hier die L. 35. C. de inoffic. test. dienen. Si quando talis concessio imperialis processerit, per quam libera testamentifactio conceditur: nihil aliud videri principem concedere, nisi ut habeat legitimam et consuetam testamentifactionem; neque enim credendum est, Romanum principem, qui iura tuetur, huiusmodi verbo totam observationem testamentorum, multis vigiliis excogitatam atque inventam, evertere.

einſchränkt, als es die Worte mit ſich bringen; 2) extenſive, wenn die Sphäre des Geſetzes über den grammatiſchen Sinn deſſelben erweitert wird, und endlich 3) declarative, wenn die Worte weder gegen den Wortverſtand ausgedehnt, noch beſchränkt werden. Nicht allein die einſchränkende Erklärung eines zweydeutigen Geſetzes, ſondern auch die reſtrictive und declarative Interpretation, pflegen, wie es grade die Bequemlichkeit mit ſich bringt, ſämmtlich mit dem Namen der ſtricten Interpretation belegt zu werden. Nur die erſte werde ich die ſtricte, die zweyte die reſtringirende, und die dritte die wörtliche oder Verbal-Interpretation nennen.

In welchem Sinn ſind nun correctoriſche Geſetze ſtrict zu interpretiren? Die Entſcheidung dieſer Frage kann allein aus der Natur der Sache hergeleitet werden, weil wir hier ganz von geſetzlichen Auslegungsregeln verlaſſen ſind.

Der Geſetzgeber bedient ſich der Sprache, um ſeinen Willen kund zu thun, und zwar der Sprache, wie der gemeine Gebrauch den Sinn derſelben beſtimmt hat. Dem Rechtsgelehrten liegt es ob, die Geſetze auszulegen, wie ſie ihm gegeben ſind, nicht das Recht zu beurtheilen, den Geſetzgeber zu richten, und ſeine Ueberzeugungen in die Geſetze hineinzulegen. Die wörtliche Interpretation geht alſo allen andern vor, und iſt nur dann zu verlaſſen, wenn es hiſtoriſch erweislich iſt, daß der Geſetzgeber nicht ſprach, wie er dachte. In dieſem

Sinn ſind alſo alle Verordnungen, correctoriſche und nichtcorrectoriſche, ſtrict oder vielmehr wörtlich aus⸗zulegen, aber auch wörtlich im ganzen Umfange (quam plenissime interpretari debemus, wie Javolen [8]) ſagt), d. h. ſo, daß man ſich jede kleinſte ſprachwidrige Einſchränkung unterſagt, und alle vorhergehenden Be⸗ſtimmungen als aufgehoben anſieht, ſobald ſie, direct oder indirect, dem Wortverſtande des correctoriſchen Geſetzes widerſtreiten [9]). Treten hingegen Gründe ein, welche überhaupt eine reſtringirende oder ausdehnende Erklärung nothwendig machen: ſo wird ſo gut das cor⸗rectoriſche, wie das nichtcorrectoriſche Geſetz beſchränkt oder erweitert [10]). Es iſt mithin ſowohl bey der ſtricten, als der reſtringirenden Erklärung kein Unterſchied zwiſchen correctoriſchen und nichtcorrectoriſchen Geſetzen.

Soweit von dem Fall, wenn das Geſetz nicht zweydeutig iſt. Allein angenommen, daß eine eigent⸗

---

8) L. 3. de constit. princip.

9) Es iſt daher völlig willkührlich, wenn z. B. Coccejî jur. contr. L. 30. qu. 3. ungeachtet der deutlichen Beſtimmung des J. J. J. de legat. den Satz aufſtellt, daß in Codicillen keine Legate hinterlaſſen werden könnten.

10) Gewöhnlich behauptet man, correctoriſche Geſetze ſind nicht über die Worte auszudehnen *). Warum nicht, wenn

---

*) Die Meynungen der älteren Juriſten, und ihre faſt unbegreiflichen Di⸗ſtinctionen und Ampliationen in dieſer Materie findet man weitläuftig er⸗zählt von *V. G. Forster* de iuris interpr. L. II. c. 2. §. 2. (Otto Thesaur. T. II. p. 1015. fgg.)

liche Ambiguität vorhanden iſt, muß alsdann das correctoriſche Geſetz vorzugsweiſe ſtrict interpretirt werden? Wohl ohne Zweifel. Denn ungeachtet es nie unwandelbarer Grundſatz iſt, daß das correctoriſche Geſetz alle älteren contrairen Verordnungen aufhebt: ſo hebt es dieſe doch nur in ſo weit auf, als es deutliche Gründe dazu enthält; nur in ſofern, als das ältere Recht durchaus nicht mit dem neueren beſtehen kann. Nun aber iſt es bey einer Zweydeutigkeit immer zweifelhaft, welcher Sinn mit den Worten zu verbinden iſt. Da aber das ungewiſſe Recht dem gewiſſen Recht weichen muß: ſo iſt von den verſchiedenen möglichen Bedeutungen nur diejenige anzunehmen, durch welche das gewiſſe beſtehende Recht am wenigſten eingeſchränkt wird [11].

überhaupt haltbare Gründe für die Ausdehnung ſind? — Bis jetzt hat noch Niemand jene Regel vernünftig erwieſen. — Die römiſchen Juriſten befolgten, wie jeder weiß, überall den von mir vertheidigten Grundſatz, und auch von den neueren haben ſich viele dafür erklärt, z. B. *Gribner* diss. utrum fratres querel. inoff. test. instituent. probare teneantur, se non fuisse ingratos. §. 13. *Frantzke* comm. ad P. L. 1. T. 3. n. 53. 54. Weber v. d. natürl. R. §. 63. not. 3. S. 225. *Forster* a. a. O.

11) Ein Beyſpiel aus den Geſetzen ſelbſt ſ. not. 7.). Hierauf gründet ſich auch die bekannte Regel, daß ſingulaire ältere Beſtimmungen durch ein neueres allgemeines Geſetz nicht aufgehoben werden, ſofern ſie nämlich nicht aus einem Grundſatze gefolgert wurden, welchen der neuere Grundſatz aufhob. Denn die Geſetzgeber haben bisjetzt ſtets die Unart

Aus dieſem allen folgt nun, daß correctoriſche Geſetze vorzugsweiſe ſtrict, in dem von mir beſtimmten Sinn, auszulegen ſind, nicht aber reſtringirend, als nur, wenn hinzutretende äußere Umſtände dieß nothwendig machen. Wörtlich hingegen ſind ſie zu verſtehen, wie jedes andere Geſetz, und zwar unbeſchränkt nach dem vollen Sinn des gemeinen herrſchenden Sprachgebrauchs.

Jetzt zur Sache. Die Erben ſollen dem Subſtituten nachſtehen, weil die ſingulaire Vorſchrift der L. 72. cit. nicht durch L. 19. C. cit. aufgehoben ſey. In der Unbeſtimmtheit dieſer Worte liegt die eigentliche Beweiskraft für Crells Behauptung. Was iſt eine ſingulaire Vorſchrift? Eine ſpecielle Entſcheidung eines beſonderen Falles überhaupt, oder eine beſondere Beſtimmung, welche nicht aus einer allgemeinen mit dem neueren Grundſatz in Widerſpruch ſtehenden Regel abgeleitet war? Nur im letzten Verſtande wird ein ſingulaires Recht durch das correctoriſche (ſtrict zu interpretirende) Recht nicht aufgehoben [12]; nicht aber allgemein im

---

gehabt, Regeln durch Ausnahmen aufzuheben, nicht aber die Regel nach den Ausnahmen zu beſchränken geſucht. — S. meine civiliſt. Abh. S. 108 — 130.

12) S. die vorhergehende Note. Glücks Commentar 1. Thl. §. 93. Not. 16. S. 500. d. erſten Ausg. *P. Müller* de Reg. iur. ad L. 80. *J. N. Hert* de collisione legum. Sect. IV. §. 1. (opusc. Vol. I. p. 118.)

erſten, ſondern nur in ſofern, als die beſonderen Beſtimmungen eigentlich ſingulaires Recht ſind. Ich ſetze, es war allgemeiner Grundſatz: der dolus caussam dans macht jedes Geſchäft nichtig. Hieraus folgerten die Juriſten, Kauf, Tauſch, Pacht u. ſ. f. werden durch einen ſolchen dolus aufgehoben. Dieſe beſonderen Entſcheidungen für beſondere Fälle ſtehen in den Pandekten. Jetzt wird ein Geſetz gegeben: der dolus hebt die Gültigkeit keines Geſchäfts auf. Will man hier die beſonderen Entſcheidungen als gültig beybehalten: ſo iſt das neuere Geſetz völlig ohne Wirkung, ſobald aus dem alten Grundſatz jeder Fall entſchieden wurde. Eine ſolche Interpretation iſt aber ſinnlos, mithin fällt der alte Grundſatz mit allen ſeinen Folgen — denn das iſt es eigentlich, worauf es ankommt — über den Haufen.

Alſo: ein correctoriſches Geſetz hebt das ſingulaire Recht nicht auf, weil es — nach bisheriger Sitte — zweifelhaft iſt, ob daſſelbe nicht als Ausnahme gelten ſollte. Es bleibt mithin nur zu unterſuchen, ob die L. 72. cit. wirklich ſingulaires Recht enthält?

Auf meine Grundſätze geſtützt, verneine ich die Frage ohne Bedenken. Das Geſetz iſt eine bloße Folgerung aus dem ehemaligen Grundſatz, daß der deliberirende Erbe ſein Antretungsrecht niemals transmittire. Denn es iſt gezeigt, daß das Vorzugsrecht des Subſtituten nothwendig aus einer ausdrücklichen Vorſchrift der Geſetze hergeleitet werden muß. Hätten ſich alſo die

Juriſten recht an jene Regel gehalten — und eine andre zum Vortheil des Subſtituten gab es nicht, weil ſie als überflüſſig, thöricht geweſen ſeyn würde —: ſo hätten ſie jene Entſcheidung durchaus nicht begründen können, ſondern ein Schnitterurtheil fällen müſſen. Aus demſelben Grundſatz folgerten ſie: nach dem Subſtituten kommen die Miterben, nach dieſen die Inteſtaterben, nach dieſen der Fiſcus. Die Erben des Erben blieben immer ausgeſchloſſen. Hier haben wir die Regel mit allen ihren Folgeſätzen. Jetzt erſchien die L. 19. und damit war das alte Recht in genere und in specie vernichtet, und zwar ganz, weil halbe Aenderungen, welche nicht durchgreifen, ſondern nur Schnitterurtheile begründen, dem Geiſt der römiſchen Geſetzgebung durchaus widerſtreiten. Will Crell dennoch die Gültigkeit der L. 72. vertheidigen: ſo bediene ich mich deſſelben Rechts, und ziehe die Miterben, die Inteſtaterben und den Fiſcus, wie er den Subſtituten, vor. Unſre Conſequenz wird uns dann, wie ich hoffe, beiderſeitig ſehr bald zur Nachgiebigkeit zwingen.

Der letzte Grund, daß

3) Juſtinian die Transmiſſion nur deßwegen eingeführt habe, um die Zahl der verfallenen Erbſchaften zu verringern, wie aus dem ganzen Tit. C. de caducis tollendis deutlich erhelle, iſt wohl unter allen der unbedeutendſte. Ich gebe zu: Juſtinian hatte in dem angeführten Titel dieſen Endzweck; — allein gab er den Erben des deliberirenden Erben nur in ſofern

das Antretungsrecht, als es nöthig war, um den Fiſcus auszuſchließen? — Davon ſteht kein Wort in dem Geſetz, und wenn auch Juſtinian die, ihm untergeſchobene, Abſicht gehabt hätte: ſo würde doch für uns dieſe Abſicht gar nicht in Betracht kommen können, weil die Exiſtenz derſelben nicht hiſtoriſch erweislich iſt.

Allein wir können Crell nicht bloß durch negative, ſondern direct durch poſitive Gründe widerlegen. Man leſe nur die erſte Verordnung von Theodos und Valentinian über die Transmiſſion: per hanc iubemus sanctionem in posterum valituram: filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non invicem sint substituti, seu cum extraneis, seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, (sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint) in liberos suos, cuiuscunque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas, (si tamen hereditatem non recusant) nulla huiusmodi praescriptione sibi obstante, eam tanquam debitam vindicare. Quod scilicet etiam super legatis, seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet. *Siquidem perindignum est, fortuitas ob caussas, vel casus humanos,* nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, avita vel proavita successione *fraudari,* aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium, vel institutum

insperato legati *commodo*, vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus merito est consulendum [13]). Augenſcheinlich werden hier die Deſcendenten dem Subſtituten wie allen andern vorgezogen, und zwar deßwegen, weil ihnen das zufällige Unglück ihres Erblaſſers nicht zum Nachtheil gereichen ſollte. Wer Jemand einſetzt, erwartet nicht, daß ihn ein Unglück verhindere, die Erbſchaft anzutreten. Er erwartet alſo auch, daß die Erbſchaft weiter auf des Erben Erben kommt. Theodos hat das Fehlſchlagen dieſer Erwartung ganz unmöglich gemacht. — Hier haben wir Gründe, welche der Geſetzgeber ſelbſt angiebt. Was kann nun wohl wahrſcheinlicher, der ganzen Analogie des Rechts gemäßer ſeyn, als, daß Juſtinian auf dieſen Gründen weiter fortbauete, und eine billige Meynung überhaupt annahm, welche er ſchon für beſondere Fälle durch Aufnahme der Theodoſiſchen Verordnung zu der ſeinigen gemacht hatte?

Zum Beſchluß noch einen entſcheidenden Grund für meine Behauptung! — Juſtinian ſagt in L. 19. cit. der Erbe ſolle ſein Recht auf ſeine eignen Erben transmittiren. Man braucht nur bey dieſen Worten allein ſtehen zu bleiben, und Crell iſt hinlänglich widerlegt. Was heißt Transmiſſion? Nichts anders, als: Uebertragung meines Rechts auf einen

---

13) L. un. C. de his qui ante apert. tabulas hereditat. transmittunt (6. 52.).

andern. Es frägt ſich alſo: worin beſteht das Recht des Erben? Doch wohl darin, daß er durch Antretung den Substituten von der Erbſchaft ausſchließen kann? Sollen die Erben des Erben dieſes Recht nicht gleichfalls haben, ſo iſt hier ja gar keine Transmiſſion; ſie erhalten nichts von dem Recht des Erben, und alles, was geſchieht, beſteht darin, daß ſie das Geſetz zu Subſtituten des Subſtituten ernennt. Es iſt daher auch ſchwer einzuſehen, wie Crell, Faber und Andere, welche den Subſtituten ſo ſehr in Schutz nehmen, nur überhaupt von einer *Tranſmiſſio* Juſtinianea ſprechen mögen.

Zuſatz.

Obgleich ich in der Hauptſache auch noch jetzt die obige Anſicht beybehalte, beſonders noch wegen L. un. §. 13. C. de caduc. (6. 51.), ſo muß ich doch die Zurüſtungen für unnöthig erklären, welche von mir gemacht ſind, um L. 72. de acquir. her. (29. 2.) aus dem Wege zu räumen. Das Fragment redet nämlich gar nicht von dem Verhältniß des Subſtituten zu dem Transmiſſar, ſondern berührt bloß die Frage, ob die dem Erben geſtattete Antretungsfriſt den Subſtituten auch dann an der Antretung binnen dieſer Friſt hindre, wenn der zuerſt berufene Erbe vor Ablauf der Friſt ſtarb? Mit Recht verneint Paulus die Frage. Denn wenn

kein Vorerbe mehr da iſt, ſo haben die zu deſſen Vortheil gemachten Anordnungen keine weitere Bedeutung. Daß ich übrigens in der zweyten Ausgabe meiner Theorie der logiſchen Auslegung §. 20. in Betreff der Ausdehnung correctoriſcher Geſetze mit Unterſcheidungen eine neue Meynung zu vertheidigen geſucht habe, darf ich wohl als bekannt vorausſetzen.

Vierzehnte Abhandlung.

Ueber und wider die gewöhnlichen Begriffe in Anſehung der verſchiedenen Ausgaben der Pandekten und Novellen.

Noch jetzt giebt es nicht wenig Juriſten, welche die alte Eintheilung der Pandekten-Ausgaben in Editiones Florentinas, Noricas und Vulgatas vertheidigen; aber ſelten verbinden die Vertheidiger derſelben mit dieſen Worten gleiche, und noch faſt ſeltner beſtimmte, deutlich gedachte Begriffe. Dieß gilt beſonders von dem Begriff der Editio vulgata, deſſen Merkmale gemeiniglich ſo roh, ſchwankend und räthſelhaft angegeben werden [1]), daß ſchon mehrere die ganze Eintheilung aus der Rechtswiſſenſchaft haben verbannen wollen [2]).

1) S. überh. *Brenkmann* histor. Pandect. Lib. III. cap. IV. p. 260. 61. *Walch* in notis ad *Eckhard* herm. iur. §. 86. p. 104. 105. *Püttmann* miscellan. Lib. sing. cap. XXII. p. 196—199.

2) Meurer über den Begriff von Lectio Vulgata in Rückſicht auf die Pandekten. §. 10. juriſt. Obs. und Beobacht. Erſte Samml. S. 200. Höpfner Comment. §. 6. n. 8.

Genau genommen läßt ſich dieſer Streit im eigentlichen Verſtande gar nicht durch eine Entſcheidung endigen. In der Natur der Sache liegt kein Grund, warum man grade dieſen Begriff mit dem Ausdruck Editio vulgata verbinden ſollte, wenn man, ohne den Sprachgebrauch zu beleidigen, oder durch andre vernünftige Gründe entſchuldigt, noch andre Begriffe damit verbinden kann. Will man ſich z. B. eine Ausgabe darunter denken, welche am allgemeinſten verbreitet iſt, und gewöhnlich von Richtern und Advocaten gebraucht wird; ſo iſt nichts dagegen einzuwenden, ſo lange man nur nicht in dieſem Charakter ein feſtes, bleibendes Merkmal für gewiſſe Ausgaben zu finden glaubt. Dieß würde den Begriff durchaus verwerflich machen. Denn welche Ausgabe iſt je eine vulgata geweſen und geblieben? Eine Zeitlang gab es keine andre Ausgaben für den gemeinen Gebrauch, als die, welche gar keine florentiniſche Lesarten enthielten. Dann waren die Haloandriſchen und andre zum Theil aus dem Florentiniſchen Manuſcript geſchöpften die gewöhnlichſten. Dieſe wurden wieder durch die unreinen Florentiniſchen verdrängt. Erſchiene jetzt ein höchſt wohlfeiler Nachdruck einer Monteferratiſchen Edition, ſo würden vielleicht bald alle florentiniſchen Lesarten aus den Gerichten verſchwinden. Es laſſen ſich alſo nach jenem Begriff die Ausgaben nur für den Augenblick claſſificiren. Indeß, wenn man ſich damit begnügt: wer könnte und möchte dann behaupten, daß der Be-

griff falſch, daß ein andrer beſſer und richtiger ſey?

Eben dieß gilt von verſchiedenen andern Begriffen, ſo fern man bey dieſen allein ſtehen bleibt. — Allein ungeachtet manche dieſer Begriffe an ſich genommen gegen eine Widerlegung geſichert ſind, und in ſofern nur durch eine gütliche Vereinbarung ausgerottet werden können: ſo glaube ich dennoch, daß ſich eine Eintheilung der Pandekten-Ausgaben aufſtellen läßt, welche die Vertheidiger der gewöhnlichen Begriffe annehmen müſſen, wenn ſie aufrichtig ſeyn, und es zulaſſen wollen, daß man ſie aus ihrem Zweck und ihren Handlungen widerlege.

Alle Schriftſteller, welche ihre Begriffe nicht ganz unlogiſch contradiſtinguiren, und die Eintheilung der Ausgaben in Florentinas, Noricas (oder mixtas) und Vulgatas annehmen, ſtimmen in zwey Haupt-Puncten überein: 1) unter jener Eintheilung ſollen alle vorhandenen Ausgaben begriffen werden, und zwar 2) ſo, daß ſie ſowohl für die Gegenwart, als die Zukunft gilt, daß mithin eine ſogenannte Editio vulgata zufolge derſelben immer vulgata war und bleiben wird. Legt man dieſe beiden Hauptſätze zum Grunde, und ſetzt dann eine Zeitlang die beſondern Meynungen bey Seite: ſo glaube ich, daß es allerdings möglich iſt, zu einem endlichen und feſten Reſultat zu gelangen.

Nur Einen Satz poſtulire ich, nämlich daß die, außer dem Florentiniſchen Mſpt vorhandenen Hand-

ſchriften der Pandekten nicht von jenem abſtammen. Die erſten unterſcheiden ſich von dieſem dadurch, daß ſie einſtimmig eine Menge eigenthümlicher theils richtiger Inſcriptionen und Lesarten, einſtimmig gewiſſe in jenem fehlende und nicht fehlende Geſetze, Paragraphen und Redetheile enthalten, und nicht enthalten; daß ſie einſtimmig eine gewiſſe eigenthümliche Ordnung befolgen u. ſ. w. Dieſer, von Grandius, Schwarz und Grupen vorzüglich bemerklich gemachte Thatumſtand ſcheint mir ſo überwiegende Gründe gegen die Behauptung des Auguſtin zu enthalten, daß ich durchaus nicht einſehen kann, wie man ſich noch zu dieſer bekennen mag, ſelbſt nachdem dieſelbe an Guadagni einen ſo äußerſt gelehrten, ſcharfſinnigen und gewandten Vertheidiger gefunden hat. Alle übergehen grade dieſes, vielleicht einzig haltbare Argument mit einer Flüchtigkeit, welche nur zu ſehr ihre Schwäche verräth, und gewiß würden ſchon weit mehr Schriftſteller ſich gegen Auguſtin erklärt haben, wenn nicht bis jetzt die Gegner deſſelben, und unter dieſen beſonders Grupen, zu ſehr Advocaten geweſen wären, und durch Zuſammenhäufen wahrer und falſcher, erſchlichener und erbetener Sätze ihre guten Seiten ſo ſehr verdunkelt, und jenen Gelegenheit gegeben hätten, ſich mit den gewöhnlichen Kunſtgriffen gewandter Advocaten auch von ihrer Seite wieder aus der Schlinge zu ziehen.

Dieſe Handſchriften nun, welche nicht vom Florentiniſchen Mſpt abſtammen, kann man, weil ſie

zu den Zeiten der Gloſſatoren allgemein verbreitet waren, mspta vulgata, oder codices vulgatos, und die in ihnen enthaltenen, entweder vom Florentiniſchen Mſpt abweichenden oder nicht abweichenden Lesarten die lectio oder litera vulgata nennen. Dieſer ſteht dann die lectio Florentina gegenüber (*a*). Dieß zum Grunde gelegt, ſo ergiebt ſich die richtige Eintheilung der Pandekten-Ausgaben von ſelbſt.

Nehmen wir nämlich eine beliebige Ausgabe, ſo können die Lesarten derſelben nur entweder 1) aus Druckfehlern, oder 2) aus critiſchen Emendationen beſtehen, oder ſie ſind 3) aus dem Florentiniſchen Mſpt allein, oder 4) aus msptis vulgatis, oder endlich 5) aus beiden zugleich geſchöpft. Nun aber laſſen ſich die Ausgaben nicht nach den Druckfehlern einander entgegenſetzen, denn keine bisher erſchienene iſt ohne ſolche; und eben ſo wenig nach den in ihnen vorhandenen und nicht vorhandenen Emendationen. Denn jede hat deren mehr oder weniger aufzuweiſen [3]. Es bleiben ſonach,

(*a*) S. jedoch am Ende dieſer Abhandlung den neuen Zuſatz.

3) Was die älteren Ausgaben aus dem 15ten und der Mitte des 16ten Jahrhunderts anbetrifft: ſo weiß jeder, daß die licentia und petulantia critica damals noch unendlich mehr, als jetzt herrſchte. [Eigentlich nicht ſowohl durch die Herausgeber veranlaßt, als durch die Schreiber der Manuſcripte, und deren beabſichtigte und unbeabſichtigte Sünden!] Aber auch die nachher erſchienenen Ausgaben haben ſämmtlich ihre Emendationen, zum Theil aus Alciats, Budäus,

wenn man die Druckfehler und Verbeſſerungen zum genus aller macht, nur drey Arten der Ausgaben übrig: 1) *Editiones Florentinae*, welche allein ihren Stoff aus dem Florentiniſchen Mſpt oder Abdrücken deſſelben, 2) *Editiones vulgatae*, welche denſelben allein aus msptis vulgatis oder Abdrücken derſelben, 3) *Editiones mixtae*, welche aus beiden zugleich geſchöpft haben, alſo vermiſcht die lectionem Florentinam und vulgatam enthalten. Zu dieſen gehört denn auch die Haloandriſche Ausgabe, aber nur unter andern, daher es auch eigentlich keinen Sinn hat, wenn man die Editio Norica die Stelle des Gattungsbegriffs vertreten läßt [4]).

In dieſem Sinn giebt es nur Eine lectio Florentina, und nur Eine, wenn auch zu verſchiedenen Zeiten und unter verſchiedenen Umſtänden gedruckte Editio Florentina. Hingegen giebt es eine große Menge verſchiedener Edit. vulgat. Im Ganzen ſtimmen freilich die mspta vulgata mit einander überein, aber jedes hat

---

Auguſtins und Andrer Conjecturen, zum Theil aus der Haloandriſchen Ausgabe. So ſteht z. B. in L. 4. §. 1. de statu lib. im Florentiniſchen Mſpt: veluti si heredi *miles* dedisset. In den msptis vulgatis: si heredi *mille* dedisset. *Guadagni* de codice Florentino C. XV. p. 102. 103. Nun ſagte Auguſtin (emendat. L. II. c. 6. in f.) es ſolle gewiß *millies* heißen. Dieſe Conjectur iſt in allen neueren Ausgaben, welche ich nachgeſchlagen habe, aufgenommen. Solcher Beyſpiele giebt es viele in jeder Ausgabe.

4) Glück Commentar §. 52. S. 316. 16.

auch wieder ſeine beſonderen Lesarten. Die lectio vulgata iſt alſo verſchieden, mithin auch die Ausgaben, deren Stoff aus jener beſteht. Daß man dieſes Umſtandes wegen, wie Meurer a. a. O. will, die ganze Eintheilung verwerfen ſoll, dazu ſehe ich keinen Grund. Die von mir angegebenen Merkmale ſind ſolche, nach denen ſich alle Ausgaben unverändert unterſcheiden laſſen. Es iſt höchſt wichtig und nothwendig, daß man von jeder Ausgabe wiſſe, ob ſie ſich von andern durch dieſes oder jenes Merkmal unterſcheiden laſſe, und wirklich haben bisher die mehrſten dieſelben, wenn auch dunkel gedachten, Begriffe mit jenem Ausdruck verbunden [5]: warum alſo einer Eintheilung den Namen beſtreiten, deren wir in der Sache ſelbſt gar nicht entbehren können?

Daß, wenn man unter lectio vulgata einen gewiſſen consensus librorum denkt, und dann von dieſem Begriff weiter ſchließt, durchaus kein vernünftiger Begriff von Editio vulgata möglich iſt, gebe ich Meurer mit voller Ueberzeugung zu. Dieſe Methode, von dem Begriff der lectio aus den Begriff der Editio beſtim-

---

5) Als Beweis dieſer Behauptung kann das gewöhnliche Allegiren mehrerer lectionum und editionum vulgatarum dienen; noch mehr aber die Claſſification der Ausgaben ſelbſt, wie man ſie bey verſchiedenen, z. B. *Walch* ad *Eckhard* p. 105. fgg. findet. Selbſt Walchs Definition ſagt das, was ſie ſagen ſoll, wenn ſie nur etwas deutlicher ausgedrückt wird.

men zu wollen, ſcheint mir allein Schuld daran zu ſeyn, daß man ſich bis jetzt noch nie über den Begriff der Editio vulgata verſtändigen und vereinigen konnte. Die alten Gloſſatoren mit ihrer Unterſcheidung der litera Pisana und communis haben die entfernte Veranlaſſung zu allen nachherigen Verirrungen gegeben, aber ohne ihre Schuld. Weder Bulgarus, noch Azo, noch Accurſius würden jemals analogiſch von ihrem Begriff der litera communis geſchloſſen, und es ſich angemaßt haben, einen Codex vulgatus in dieſem Sinn zu beſitzen [6]. Die Neuern hätten die Ordnung umkehren, ſie hätten die Ausgaben genetiſch nach ihren Beſtandtheilen unterſcheiden, und ſo den Begriff der lectio feſtſetzen ſollen. Bey dem umgekehrten Verfahren iſt es unmöglich, zu einer richtigen Eintheilung zu gelangen, man mag nun den eben angeführten Begriff von lectio vulgata, oder andre geprieſene Begriffe zum Grunde legen. So ſagt z. B. Gebauer [7]: quidquid huius rei fuerit, mihi vulgata lectio est, quae nec cum Florentina littera conspirat, nec Haloandri diligentiae debetur, nec ab aliquo MSS. a *Brenkmanno* inspectorum, nec ex Rehdigerano meo est profecta etc. —

6) Aber wohl in dem von mir angegebenen. Dieß that z. B. Politian (Epist. L. X. cap. 4.), indem er ſchrieb, er habe zuerſt das Florentiniſche Mſpt ſtudiert, und mit *vulgatis exemplaribus* verglichen. *Brenkmann* hist. P. L. IV. c. 1. p. 309.

7) Narratio de *Henr. Brenkmanno* §. 29. S. 131.

Einen ſolchen Begriff konnte Gebauer wohl feſtſetzen, um als Editor für die Noten gewiſſe Raum erſparende Zeichen zu erfinden; — aber wohin würden wir gerathen, wenn nun nach dieſem Begriff alle Editiones non vulgatae claſſificirt werden ſollten? — Ich begreife dieß nicht, ſo wenig, als ich einſehen kann, wie Meurer [8]) zu ſagen vermochte: Gebauer habe den wahren und haltbaren Begriff der vulgata ganz geſehen.

Da es von nicht geringer Erheblichkeit iſt, zu wiſſen, woher die Beſtandtheile jeder Ausgabe genommen ſind: ſo wäre wohl nichts mehr zu wünſchen, als daß Männer von ausgebreiteter Gelehrſamkeit und ächtem critiſchen Geiſt, wie Cramer, Haubold, Koch u. a. es einmal unternehmen möchten, eine vollſtändige und genaue Claſſification aller vorhandenen Ausgaben zu entwerfen. Die falſchen Begriffe, welche man jetzt von ſo vielen Ausgaben hat, und welche immer mehr einreißen, machen ein ſolches Unternehmen beynah nothwendig und unentbehrlich. Da ich durch die Güte und Freundſchaft des Herrn Prof. Cramer, welcher einen ſeltenen Schatz der merkwürdigſten und vorzüglichſten Ausgaben beſitzt, in den Stand geſetzt geweſen bin, mir ſelbſt durch eigne Vergleichung einen kleinen Vorrath litterairiſcher Notizen zu dieſem Endzweck einzuſammeln: ſo mögen, bis dahin, daß ein andrer etwas reiferes und vollendeteres

8) A. a. O. §. 3. S. 194.

liefert, folgende Bruchſtücke einſtweilen die Stelle einer vollſtändigen Claſſification vertreten.

Editiones Florentinae ſind mir ſolche, welche ihren Stoff unmittelbar oder mittelbar allein aus dem Florentiniſchen Mſpt, Editiones vulgatae, welche denſelben unmittelbar oder mittelbar allein aus msptis vulgatis ſchöpften. Dieſe Begriffe lege ich zum Grunde, jedoch mit folgenden näheren Beſtimmungen und Einſchränkungen.

Wir haben bisher noch nie eine reine Florentiniſche Edition gehabt, und werden auch nie eine ſolche erhalten, weil jeder Herausgeber und Verleger allen nutzen, von allen gewinnen, und nicht bloß für die immer geringer werdende kleine Anzahl der Critiker arbeiten will. Sinnloſe Stellen des Florentiniſchen Mſpts ſind in allen Editionibus Florentinis durch Critik und aus den msptis vulgatis verbeſſert, und eben ſo ſind aus dieſen außerdem noch manche Lücken ausgefüllt. So heißt es z. B. in dem Florentiniſchen Mſpt in L. 1. §. 32. depositi: quem dominum eius puta Stichum quum non esset 9), in den msptis vulgatis hingegen: quem dominum eius putasti quum non esset. Dieſe offenbar beſſere Lesart iſt ſowohl von Taurell als Gebauer an die Stelle jener ſinnloſen geſetzt, und ſogar, wie nicht hätte geſchehen ſollen, ohne irgend ein Zeichen, ohne irgend eine den Fehler des Mſpts anzeigende Anmerkung. In

9) *Brenkmann* hist. P. L. II. c. v. p. 150.

der Regel werden indeß von Taurell die recipirten Worte immer mit ( ) eingeſchloſſen, und ſolcher Stellen giebt es nicht wenig in dieſer und jeder andern Florentiniſchen Ausgabe, weil der ſinnloſen Stellen des Mſpts nicht wenig ſind, und dieſe oft aus den msptis vulgatis verbeſſert werden können. Dadurch allein alſo, daß aus dieſen ein Wort oder ein Satz aufgenommen wird, um, wie Taurell ſagt, der Stelle einen vollkommenen und richtigen Sinn zu geben, d. h. um den Unſinn aus derſelben zu vertreiben: dadurch allein wird eine Ausgabe noch nicht zur vermiſchten, zumal wenn die Verbeſſerung bemerklich gemacht wird. Da man nun bis jetzt einſtimmig behauptet hat, daß es Editiones Florentinas gebe; ſo müſſen wir zu dieſen auch diejenigen zählen, welche offenbar ſinnloſe Stellen aus den msptis vulgatis verbeſſern, und offenbare Lücken aus dieſen ausfüllen. Vermiſchte Ausgaben können ſonach nur diejenigen genannt werden, welche, ohne das Florentiniſche Mſpt zur Norm anzunehmen, aus dieſem und den msptis vulgatis in gleicher Maße geſchöpft haben, und in welchen der beſſer ſcheinenden Lesart des einen Mſpts vor der minder beſſer ſcheinenden, wenn auch nicht grade an ſich verwerflichen und ſinnloſen Lesart des andern Mſpts überall, oder in der Regel, oder nach einem willkührlichen Gutbefinden der Vorzug gegeben iſt. Auch gehören hieher noch diejenigen, deren Herausgeber nur einen Theil der Lesarten des Florentiniſchen Mſpts kannten, mithin, ſoweit das letzte ihnen unbekannt war, ſich,

durch die Nothwendigkeit gezwungen, an die mspta vulgata halten mußten.

Die Taurelliſche Ausgabe (Florent. 1553) iſt bekanntlich die erſte vollſtändige rein florentiniſche Edition, ſo weit nämlich eine ſolche durch die Kräfte und den Fleiß Eines Menſchen rein geliefert werden kann. Die nächſte nach dieſer iſt die Ruſſardiſche [10]. Rücker ſagt von derſelben: außer dieſer Edition (der Taurelliſchen) iſt faſt in keiner, etwa die Ruſſardiſche ausgenommen, der Florentiniſche Text, der auf dem Titel verſprochen wird, durchaus getreu dargeſtellt [11]. In Anſehung des erſten (nicht des letzten) Theils dieſes Urtheils ſtimme ich Rücker vollkommen bey. Ueberall wird man die Ordnung und die Lesarten des Florentiniſchen Mſpts, ſelbſt die ſchlechten und ſinnloſen, finden. Bloß am Rande ſind eine ziemliche Menge Varianten aus andern Mſpten angemerkt. Allein eben dieß gilt, wie ich aus eigner Vergleichung weiß,

---

10) Jus civile, manuscriptorum librorum ope emendatum et perpetuis notis illustratum. *L. Russardo* auctore etc. Lugdun. ap. G. Rovillum. 1561. Fol. bald in 1, bald in 2 Bänden gebunden. Abdrücke derſelben erſchienen Antwerp. ap. Plantin. 1567. 6. B. 8. und 1569. 70. ibid. *Brenkmann* hist. P. p. 271. *Gebauer* narratio p. 145. 146.

11) J. C. Rücker über einige Ausgaben des corp. iur. civilis. (In Siebenkees neuem juriſt. Magaz. 1. B. S. 196.)

von den Ausgaben des Pacius [12]), und nach andrer Zeugniß auch von der, mir bis jetzt noch unbekannten, Ausgabe des Charondas [13]). Nach den von Brenkmann aus der Vorrede des letzten angeführten Worten: „Itaque plura exemplaria, quae antiquissima et manuscripta invenire potui, cum libris Florentiae aliisque in locis editis contuli, et doctissimorum quorundam nostri temporis ICtorum exemplo confirmatus, *quod mihi probabilius visum est, publicis monumentis consignare volui*“ [14]), ſcheint die Ausgabe eigentlich zu den vermiſchten zu gehören. Auch ſagt Grupen [15]): „Es iſt vom Charonda zuviel geſagt,

---

12) Digesta, Codex, Novellae etc. Studio et opera *Julii Pacii*. Excudebat Eustach. Vignon. Atrebat. 1580. vulgo II. B. Fol. Auch ibid. eod. ann. in 9 Theilen. 8. (Gewöhnlich nicht in ſo viel Bände gebunden.) *Brenkm.* p. 272. *Gebauer* p. 147. 148.

13) (Corp. iur. civ.) ap. Ch. Plantinum cura *L. Charondae*. Antwerp. 1575. Fol. Ohne Abtheilung in Bände. *Brenkmann* p. 172. P. J. Weis Progr.: Etwas über die in den Pandekten vorkommenden Zeichen, namentlich die Ruſſardiſche Note. Marb. 1793. 4. S. 5. not. c. Höpfner (Comment. §. 17. not. 11.) ſagt von derſelben: „in den Pandekten iſt die Taurelliſche Ausgabe aufs genaueſte abgedruckt.“

14) *Brenkmann* hist. P. p. 297.

15) Observatt. rer. et antiqu. germ. Obs. 15: Wie die Pandekten von den verworrenen notis characteristicis Editorum ꝛc. zu ſäubern ꝛc. S. 277.

wenn er in ſeiner Dedication behauptet, daß er mit den zu Florenz edirten Libris Pandectarum die älteſten exemplaria und mspta, die er finden können, conferirt. Nachdem ich meine Edit. Florentin. Taurelli mit meiner Editio Charondae conferirt, ſo muß ich mich verwundern, wie ein Mann, der ein Corpus iuris, und mit ſolchem die Libros Pandectarum ediren wollen, die Zeit, da die Editio Taurelli ſchon 19 Jahre dem Publico vor Augen gelegen, ſolche Edition vorüber laſſen, und noch dazu vom Munde geben können, daß er ſolche bey ſeiner Edition conferirt." — Allein der Herr Prof. Weis erinnert dagegen a. a. O. „Wenn Grupen ſagt ꝛc.: ſo glaube ich, daß dem Charondas zuviel geſchehe. Ich fand ſeine Pandekten-Ausgabe mit der Taurelliſchen noch in allen Fällen, da ich eine Vergleichung anſtellte, genau übereinſtimmen. Er nahm auch die Adnotata, welche Taurell der Florentiniſchen Edition vorſetzte, und Ruſſard überſah, meiſtens in ſeine Ausgabe auf, oder zeigte doch wenigſtens den Inhalt davon an. Ein gewiſſer Beweis, daß Charondas die Taurelliſche Ausgabe wirklich verglichen habe." — Dieſes Zeugniß iſt mir um ſo glaubwürdiger, da Grupens Eifer eigentlich gegen die berüchtigte nota characteriſtica des Ruſſard gerichtet war, welche auch nachher von Charondas und Pacius angenommen ward. Die bittern Vorwürfe, wodurch Grupen alle drey verfolgt, betreffen alſo nur den unſchicklichen Gebrauch jenes Zeichens; und freilich,

wenn man dieſes Zeichen ſo verſteht, wie Grupen, nämlich daß dadurch die im Florentiniſchen Mſpt nicht befindlichen Lesarten angedeutet werden ſollen: ſo laſſen ſich alle von der Beſchuldigung des offenbarſten Betruges keineswegs befreyen. Allein der Herr Prof. Weis hat gezeigt [16]), daß Ruſſard dadurch nichts weiter ſagen wollte, als: dieſe Lesart ſteht entweder nicht im Florentiniſchen Mſpt, oder in andern Mſpten. Nimmt man dieß an, ſo bleibt es freilich dennoch ausgemacht, daß Ruſſard und ſeine Nachfolger ihre Sache ſchlecht gemacht haben, und daß man bey ihrer Ausgabe der Ausgabe des Taurell nicht entbehren kann; allein viele der bisherigen Vorwürfe fallen doch nunmehr weg, und wenn man die Ausgaben vergleicht, ſo wird man finden, daß der Zweck der Herausgeber kein andrer war, als einen möglichſt genauen Abdruck des Florentiniſchen Mſpts zu liefern. Pacius nimmt ſelbſt die offenbar irrigen Lesarten des Florentiniſchen Mſpts auf, wobey jedoch mehrentheils die lectio vulgata am Rande bemerkt iſt; und nur in Anſehung der Interpunctionen geht er ſeinen eignen Weg, weil er mit Recht glaubte, daß jedem die Befugniß zuſtehe, von Taurells oft irrigen Ideen abzuweichen. Man kann alſo die drey genannten Ausgaben wohl nur zu den fehlerhaften, vielleicht verunglückten Florentiniſchen, aber nicht zu den vermiſchten Ausgaben zählen.

---

16) a. a. O. §. 6. S. 17.

Außer dieſen zähle ich noch zu den Florentiniſchen Ausgaben die Lugdun. 1569. in 5 Fol. Bänden, ohne Benennung des Herausgebers erſchienene gloſſirte Ausgabe. Vor den Pandekten ſteht: ex pandectis Florentinis quoad eius fieri potuit repraesentatae. Ganz rein iſt freilich die Ausgabe nicht, denn es ſind darin ziemlich oft des Sinns wegen lectiones vulgatae aufgenommen, doch werden dieſe in der Regel mit [ ] eingeſchloſſen. Manchmal ſind aber auch dieſe vergeſſen, z. B. in L. 2. de iure dotium, wodurch aber die Ausgabe nur fehlerhaft, keineswegs aber zu einer vermiſchten geworden iſt. Uebrigens iſt noch als eine Sonderbarkeit zu bemerken, daß in dieſer Ausgabe, ſo wie in der folgenden, hin und wieder die Ordnung der Edit. vulgat. angenommen iſt. So findet man z. B. noch darin einen eignen Titel pro soluto, und die bekannte falſche Ordnung im Titel de Reg. Jur. Allein wie es ſcheint, legten die Editoren des ſechszehnten Jahrhunderts wenig Gewicht auf dieſe Eigenthümlichkeiten des Florentiniſchen Mſpts. Denn ſchon längſt waren dieſe aus Auguſtins Emendationen bekannt, und dennoch findet man in den in der Note angeführten Ausgaben [17], in denen beiden dieſe Emendationen ſtark benutzt wurden, überall die alte Ordnung.

---

17) (Corpus iuris civilis) apud Carolam Guillard, viduam Chevallonii, et Guilielmum Desbois. Paris. 1548—50. 5. B. 4. Gloſſirt. — (Corpus iuris civilis) Lugdun. ap. Hugo a Porta et Antonium Vincentium. 1551. 5. B. 4. Gloſſirt. *Brenkmann* l. c. p. 261. 62.

Wahrſcheinlich wollten die Herausgeber dem Practiker nicht durch ſolche Neuerungen beſchwerlich fallen, von denen ſie nicht einſahen, daß ſie jemals irgend ein practiſches Intereſſe haben könnten.

Eben ſo rein, und noch reiner als die vorhergehende iſt die, gleichfalls ohne Benennung des Herausgebers Antwerp. ap. Christoph. Plantinum 5. B. Fol., erſchienene gloſſirte Ausgabe. Im Titel de manumiss. test. iſt von L. 30. an die richtige Ordnung, wie man ſie jetzt in allen Gothofrediſchen Ausgaben antrifft; hingegen nicht im Tit. de R. J. Auch iſt hier ebenfalls ein eigner Titel Pro soluto, und der Titel de conjung. cum emancipat. liberis dem Titel de ventre in poss. mittend. nachgeſetzt. Im Uebrigen aber iſt die Florentiniſche Lesart überall im Text und bey den Inſcriptionen angenommen. Schien ja eine Abweichung nothwendig, ſo ward dieß [18]) am Rande angezeigt.

Auch gehören, wenigſtens laut des Titels, vielleicht noch die 1562 bey Hugo a Porta zu Lyon, und zwey zu Venedig 1574 und 1591 erſchienene Ausgaben hieher [19]).

Unter allen aber verdient die Contiſche Ausgabe von 1571 und 1581 [20]) wegen ihrer Reinheit und Cor-

18) S. 3. B. L. 81. in f. ad SCt. Trebell.

19) *Brenkmann* p. 271. 72. 73.

20) (Corpus iuris civilis curante *Antonio Contio.* Lugdun. ap. Guilielmum Rouillum. 1571. 15. Theile. 12. (Gewöhn-

rectheit den Vorzug. Sie iſt, ſo weit ich nur irgend eine Vergleichung habe anſtellen können, unſtreitig der genauſte und ſorgfältigſte Abdruck des Florentiniſchen Mſpts, und ſchon deßwegen weit reiner und brauchbarer als die Ausgaben des Ruſſard, Charondas und Pacius, weil der Herausgeber die Note des erſten ganz und mit vielem Unwillen verwirft. Contius ſagt ſelbſt in der Vorrede, er wolle die Taurelliſche Ausgabe ad amuſſim, et eodem prorſus exemplo, ne uno quidem jota demto, addito vel mutato liefern, und ich habe nirgend finden können, daß er, wie viele ſeiner pralenden Vorgänger, mehr verſprach, als er hielt. Nur in Anſehung der Orthographie behielt er ſich das Recht bevor, von Taurell abweichen zu dürfen. Ob das bisher Geſagte auch von der früheren Octav=Ausgabe [21], und der gloſſirten Folio=Ausgabe [22], deren Daſeyn gewiſſermaßen erſt durch den Herrn Kanzler Koch für uns Deutſchen entdeckt iſt [23], gilt, kann ich

---

lich in weniger, z. B. in der vor mir liegenden in 11 Bände gebunden.) Mit einem neuen Titelblatt. ibid. 1581. Frankf. gel. Anz. v. J. 1779. S. 577. *Brenkmann* l. c. p. 272. und 296. 297. *Gebauer* narrat. p. 146.

21) (Corp. iur. civ.) cum notis *Ant. Contii* et Summariis *Franciſci Hotomanni*. Paris ap. Guilielm. Merlin et Sebaſt. Nivell. 1562. 9. vol. 8. *Brenkm.* p. 271. und p. 296. 97.

22) Paris ap. Sebaſt. Nivellum. 1576. 5. B. Fol.

23) S. Frankfurt. gel. Anz. v. J. 1779. S. 577 — 582. S. 663 — 664. S. 673 — 685.

nicht mit Gewißheit beſtimmen, weil ich nicht im Stande geweſen bin, dieſe Ausgaben zu Geſicht zu bekommen. Grupen ſagt von der erſten: „Contii Edition von 1562 ſoll zwar laut der Vorrede in keinem Jota von der Florentina abſetzen, allein in der Editione corporis iuris, das er 1566 in Fol. edirt [24]), findet ſich, daß er von der Florentina vieler Orten abgegangen, und ſodann in margine notirt, wie zu Florenz geleſen werde, wie er denn auch die Notas Taurelli und Russardi in ſeiner Edition gar nicht aufgenommen [25]).“ Augenzeugen mögen beurtheilen, in wiefern Grupen, welcher durch ſeine Heftigkeit nur zu leicht einſeitig wurde, Recht hat, oder nicht. Daß Contius übrigens Taurells Zeichen nicht annahm, gereicht ihm nicht zum Vorwurf, da er das einzige, zum Weſen der Sache gehörende Zeichen des letzten, die Parentheſe, auf andre Weiſe ausdrückte.

Die Gebauerſche Ausgabe und der Plittſche Nachdruck derſelben können wohl von Niemand für etwas anders, als Florentiniſche Ausgaben gehalten werden.

---

24) Aller Wahrſcheinlichkeit nach iſt die Jahrszahl 1566 ein Druckfehler. Grupen beſaß, wie ich aus den, dieſerhalb eingezogenen, Erkundigungen mit Gewißheit weiß, nur die not. 21. angeführte Ausgabe von 1562, auch iſt außer der von 1576 keine Contiſche Folio-Ausgabe bekannt. S. unten den Zuſatz zu dieſer Abhandlung.

25) a. a. O. S. 277.

Verſchiedene rechnen auch noch die Gothofrediſchen Ausgaben hieher, während andre, denen es nicht eben um deutliche Begriffe zu thun iſt, dieſelben ſogar für Editiones vulgatas halten. Rücker hält ſie für vermiſchte Ausgaben [26]), und dieſe Meynung ſcheint mir auch allerdings die richtige zu ſeyn. Man muß nur nicht curſoriſch hin und wieder vergleichen, ſondern ſich die Mühe geben, einen einzelnen Titel von Wort zu Wort mit einer editio vulgata und der Taurelliſchen Ausgabe zuſammenzuhalten. So ſchlug ich z. B. in der Pariſer Folio-Ausgabe von 1628 über 50 Stellen aus verſchiedenen Titeln nach einander auf, ohne weder in den Inſcriptionen noch im Text irgendwo die lectio vulgata zu finden. Ja ſelbſt ſchlechte, ſinnloſe Lesarten des Florentiniſchen Mſpts fand ich ohne alle Anzeige beſſerer Varianten aufgenommen. Hingegen in dem einzigen kleinen Titel de pactis dotalibus fielen mir gleich folgende zum Theil ganz unnöthige Abweichungen von der Taurelliſchen Ausgabe auf. In L. 1. §. 1. ſetzt er hinter repetere aus der Vulgata *possunt*. In L. 4. pr. in dotem *converterentur*, ſtatt *converteretur*. In L. 14. *fiat*, ſtatt *fiet*. In L. 26. §. 5. ſtatt: ex *stipulato* fisco actio *quaereretur*: ex *stipulatu* fisco actio *quaeretur*. In L. 29. §. 2. ſtatt: quosdam ex servis manumisit: *et* quosdam ex servis manumisit; — alles lectiones vulgatae. Dagegen iſt in eben dieſem

26) a. a. O. S. 195. 196.

Titel in L. 23. *illi aut illi filiis* beybehalten, da dieſe ſinnloſen Worte leicht aus einer Vulgata durch illis filiis, oder die Gebauerſche Conjectur (illi e filiis) hätte verbeſſert werden können. So geht es überall. Offenbar ſinnloſen Lesarten ſind mehrentheils beſſere lectiones vulgatae nachgeſetzt, und dieſe wiederum aufgenommen, wo der Sinn gar keine Aenderung der Sprache nothwendig machte. Es iſt daher auch kaum einmal anzunehmen, daß Gothofred irgend ein feſtes Princip bey der Beſorgung ſeiner Ausgaben gehabt hat, wenigſtens ſieht man durchaus nicht, welches vernünftige Princip? Beynah eben den Vorwürfen iſt die S. v. Leeuwenſche Ausgabe ausgeſetzt [28]. Uebrigens gebe ich gern zu, daß die Gothofrediſchen Ausgaben ſich bey weitem am mehrſten auf die Seite des Florentiniſchen Mſpts neigen. Dieß macht ſie aber noch nicht zu einer Editio Florentina: denn ſonſt würde zum Weſen einer vermiſchten Ausgabe gehören müſſen, daß ſie grade die eine Hälfte der ſtreitigen Lesarten hierher, und die andre derſelben dorther genommen hätte.

Was die Editiones vulgatas betrifft, ſo ſagt der Herr G. J. R. Walch [29] davon: „Nemo arbitrari debet, sub editione vulgata libros saltem contineri, qui ante, quam Norica compareret, lucem publicam

28) Rücker a. a. O. S. 197. *A. G. Cramer* dispunct. iur. civ. c. 2. princ.

29) In notis ad *Eckhard* §. 84. p. 105.

aspexerint. *Quum illi in librorum editionis vulgatae numerum sine ullo discrimine ac delectu sunt scribendi;* etiam postea, quum iam Digesta Haloandri in manibus eruditorum essent, prodierunt, qui in eundem caderent censum. Daß vor Politians und Bologuins Collationen [30]) alle Ausgaben vulgatae waren, ſcheint mir allein richtig zu ſeyn; aber nach beiden fangen die Ausgaben ſchon an vermiſcht zu werden, und vielleicht ſind ſeit 1510 und 1516, alſo ſchon lange vor Haloander, beynah gar keine reine Editiones vulgatae mehr erſchienen. Zu den letzten gehören unter andern noch das berühmte Digest., deſſen ſich

---

30) Für die, welche nicht grade in dieſer Materie bewandert ſeyn möchten, bemerke ich hier folgendes. Der erſte, welcher eine eigentliche Vergleichung des Florentiniſchen Mſpts verſuchte, war *Angelus Politianus* († 1494). Vorhin hatte man nur aus Neugier, oder höchſtens in einzelnen ſtreitigen Fällen das Mſpt eingeſehen. *Brenkmann* L. 1. c. XI. Politian trug ſich nämlich eine Menge Lesarten aus dem Fl. Mſpt bey eine alte Editio vulgata; auch ſchrieb er ſich aus jenem die Inſcriptionen bis zum Anfange des Digest. infortiati ab. Seine Collation war freilich unvollſtändig, ward aber im 15ten und der erſten Hälfte des folgenden Jahrhunderts ſtark benutzt. *Brenkmann* L. IV. c. 1. Was er angefangen hatte, führte *Ludovicus Bologninus* († 1508) bey einer neuen Vergleichung noch weiter aus. *Brenkmann* L. IV. c. II. Beide hatten ſich aber gewiß nicht den zehnten Theil der Varianten des Fl. Mſpts ausgezogen. Zugleich mit Taurell nahm endlich *Anton. Augustinus* noch eine Vergleichung vor. *Brenkmann* L. IV. c. IV.

Politian bey ſeiner Collation bediente [31]. Ferner eine mir bekannte Monteferratiſche Ausgabe [32]. Auch ſind unter denſelben noch die bey Tortis herausgekommenen Ausgaben. Von dieſen kenne ich ein Digest. vetus. Venetiis per Baptist. de Tortis 1494. Fol.; ein eben ſolches von 1498; ein Digestum infortiatum von 1495, und noch ein ſolches von 1497; auch noch ein Digest. novum von 1494. Doch ſind in dieſen und den folgenden Jahren noch mehrere bey eben demſelben erſchienen [33].

Allein wahrſcheinlich ſind dieſe Ausgaben mit die

Otto in praefat. ad T. IV. Thesaur. iur. Rom. Weil aber Taurell damals ſchon die oben genannte Ausgabe bereitete, ſo begnügte ſich Auguſtin damit, vorläufig nur die wichtigſten ſeiner Entdeckungen und Bemerkungen in den libris emendationum (in Otto Thes. T. IV.) im J. 1543 bekannt zu machen. Faſt alle Florentiniſchen Lesarten der Ausgaben vor 1553 ſind daher aus Politians, Bolognins und Auguſtins Collationen geſchöpft. Ich ſage: faſt alle. Eine Ausnahme ſ. bey der not. 56 unten angeführten Ausgabe.

31) Digestum vetus, infortiatum et novum. Venetiis per Joan. et Gregor Fratres Fulvienses. A. 1485. 3. B. Fol. *Brenkmann* p. 263.

32) Digestum vetus, infortiatum et novum Bernardini de Tridino de Monteferrato. Venetiis 1494. 3. B. Fol. gloſſirt. Auf der hieſigen Univ. Bibliothek, jedoch fehlt dabey das Digestum vetus.

33) *Brenkmann* p. 264.

letzten, welche den Namen einer reinen Editio vulgata verdienen. Brenkmann führt 34) eine Ausgabe des Corp. iur. von 1516 an, von welcher es unbezweifelt iſt, daß Bolognins Collation bey derſelben benutzt iſt, wie ſchon der von Brenkmann 35) abgeſchriebene Titel weitläuftig anzeigt. Ich kenne dieſe Ausgabe nicht, aber dagegen ein (auf der hieſigen Univ. Bibl. befindliches) ebenfalls bey Fradin. 1511 herausgekommenes Digestum novum, worin es auf dem Titel unter andern heißt: mirabiles elucidationes Bolognini, textum et glossas enodantes hic inseruntur. In dieſem finden ſich freilich ſehr ſelten Spuren einer lectio Florentina, und wenn ſich ja eine ſolche findet: ſo möchte man noch immer zweifeln, ob nicht ein Codex vulgatus vielleicht eben dieſe Lesart gehabt hat; allein die Verbeſſerung des Textes ſcheint nicht bey dieſem Theil der Zweck des Editors geweſen zu ſeyn, ſondern nur die Erläuterung deſſelben, und der Gloſſe, wie auch das Argument nur allein anzeigt. Man findet daher auch viele an den Rand

---

34) (Corpus iuris civilis) secundum correctiones *Ludovici Bolognini*, ex Pandectis Pisanis. Lugdun. op. Francisci Fradin. A. 1516. V. B. Fol. *Brenkm.* p. 265.

35) A. a. O. p. 323. — Dieſe Ausgabe iſt wohl unbezweifelt ein Abdruck der 1510 bey Fradin erſchienenen Edition, welche man beſchrieben findet in *C. G. Schwarz* diss. an omnia pandectarum exemplaria, quae adhuc exstant, e Florentinis manaverint. Altorf 1733. §. 16. (in exercitatt. academ. ed. *T. C. Harles* Norimb. 1783. p. 331.).

gedruckte (oft unbedeutende) Bemerkungen Bolognins, wo in eben dem Geſetz, worauf ſich die Anmerkung bezieht, keine Abweichung von der lectio vulgata anzutreffen iſt. Schwarz ſagt a. a. O. von dieſer Ausgabe: in solo digesto vetere ſit mentio emendationum Ludovici Bolognini.

Die ſogenannte Blaublommiſche Ausgabe [36]) wird durchgehends zu den vulgatis gerechnet, allein, wie ich glaube behaupten zu können, mit Unrecht. Ich kenne ſie freilich nur aus Büchern, aber nach dem, was Brenkmann von derſelben ſagt [37]): usus quoque est Lazari Bayſii Digesto veteri, quod ille, dum in Italia agebat, ad Politianeum exemplar castigaverat, gehört ſie offenbar, wenigſtens in Anſehung des erſten Theils, zu den vermiſchten Ausgaben. Es iſt mir daher ebenfalls zweifelhaft, ob die Stephaniſche Ausgabe [38]), wie allgemein geſchieht, unter die vulgatas verſetzt werden kann. Denn gewöhnlich pflegt doch der letzte Herausgeber die Arbeiten ſeiner Vorgänger zu benutzen, welches hier, bey der damaligen faſt abergläubiſchen Verehrung für das Florentiniſche Mſpt, nur noch um ſo wahrſchein-

---

36) Digestum vetus, novum et infortiat. ex castigatione Ludovici Blaublommii, ap. Claud. Chevallonium Lutet. 1523. 24. 3. B. Fol. *Brenkm.* p. 265.

37) A. a. O. p. 291.

38) Digestorum s. Pandectarum iuris civilis Volumina V. Paris ex officina Roberti Stephani, 1527. 8. *Brenkmann* p. 265. und 291.

licher iſt. Daß ſelbſt große Männer in dieſem Theil der Litteratur, z. B. Brenkmann [39]) überall von einer Editio vulgata Blaublommii, Stephani, Baudozae u. ſ. w. ſprechen, iſt eine ſehr verzeihliche Verwechslung. Es gehört zum Weſen der vermiſchten Ausgaben, daß ſie lectiones vulgatas enthalten, und in ſofern ſind ſie auch allerdings *Editiones* vulgatae. Hier iſt die Verwechslung des Theils mit dem Ganzen ſehr leicht, zumal wenn man ſich nicht als Editor vorher die Mühe gegeben hat, ſeine Begriffe von Editio vulgata deutlich und beſtimmt zu machen. Allein die Verwechslung iſt doch immer gefährlich, und am mehrſten für den, welcher ſich unter Editio vulgata etwas Beſtimmtes denkt, und bey andern eben dieſe beſtimmten Begriffe vorausſetzt. Denn angenommen man behauptete, um zu beweiſen, daß vom Fl. Mſpt alle andern abſtammen: in den msptis (und alſo auch in den editionibus) vulgatis ſey einſtimmig im Tit. de R. J. die jetzige verkehrte Ordnung des Florentiniſchen Mſpts. Was ſollte nun der Anfänger antworten, wenn er in der ſogenannten Editio vulgata Baudozae die richtige Ordnung fände? — Natürlich würde er, dem Urtheil andrer trauend, nichts anders erwiedern können, als: euer Beweis ſtützt ſich auf einen falſchen Thatumſtand.

Man ſollte alſo, um den verſchiedenen Ausgaben ihren gehörigen Ort anzuweiſen, eigentlich folgende

---

39) *Gebauer* narratio p. 131.

Regeln aufſtellen: 1) Alle Ausgaben vor Politian und Bolognin, oder bis zu den erſten Jahren des 16ten Jahrhunderts, ſind reine editiones vulgatae. 2) Von dieſem Zeitpunct an bis auf die Erſcheinung der Taurelliſchen Ausgabe ſind faſt alle vermiſcht, keine rein florentiniſch. 3) Erſt nach Taurell werden die florentiniſchen Ausgaben häufiger, doch ſind die mehrſten fehlerhaft, und noch lange nicht ſo zahlreich, als die vermiſchten Ausgaben, welche ſowohl vor, als auch nach Taurell in großer Menge bis auf den heutigen Tag erſchienen ſind.

Was endlich nun noch die vermiſchten Ausgaben betrifft, ſo rechne ich von den mir perſönlich, oder ſonſt bekannten, außer den vorhergehenden, noch folgende hieher.

1. Die Haloandriſche Ausgabe [40]) nebſt den Nachdrücken derſelben [41]). Dieſe iſt bekanntlich

---

40) Digestor. s. Pandectar. libri L. Editi Norimbergae per Gregor. Haloandrum. 1529. 4. bald in 2, bald in 3 Bände gebunden. *Hausfritz* memor. Haloandri. p. 23. sqq. *Brenkmann* L. 4. c. III. auch p. 74. 75. und p. 266. *Gebauer* p. 142. *Walch* ad *Eckhard* §. 84. p. 106 — 109. *Augustin.* in emendatt. überall.

41) (Corp. iur. civ.) ad exemplar G. Haloandri, qua licuit fide, castigatum. Paris ap. Carolam Guillard. A. 1540. XI. Vol. 8. *Brenkm.* p. 267. (Corpus iur. civ.) ex edit. Haloandri. Basil. ap. Thom. Guarinum. A. 1570. III. Vol. Fol. *Brenkmann* p. 272.

theils aus msptis vulgatis, theils aus Bolognins Collationen geſchöpft, und enthält außerdem noch nach der bisherigen[42]), aber nicht unbeſtritten gebliebenen[43]) Meynung unſrer Juriſten, eine unendliche Menge von critiſchen Emendationen. Dieß iſt denn auch höchſt wahrſcheinlich der Grund, warum man dieſe Ausgabe als eine eigne Species allen andern contradiſtinguirt hat. Man fand nämlich in derſelben eine Menge von Lesarten, welche weder aus dem Florentiniſchen Mſpt, noch aus den Editionibus vulgatis geſchöpft waren. Bey faſt jedem Geſetz traf man eigenthümliche *lectiones* Haloandrinas an, und da man einmal gewohnt war, nach dem Begriff der lectio den Begriff der Editio zu bilden, ſo war der Uebergang zu der falſchen Eintheilung leicht und natürlich. Daß aber dieſe Eintheilung durchaus irrig und unlogiſch iſt, fällt von ſelbſt in die Augen. Wenn eine Ausgabe nicht allein aus Emendationen beſteht, ſo kann ſie, in wiefern ſie ihren Stoff nicht ſelbſt geſchaffen hat, — und dieß geſchieht doch gewiß immer in hundert Fällen gegen Einen — nur aus dem Fl. Mſpt, oder msptis vulgatis, oder beiden geſchöpft ſeyn. Aus dieſem Geſichtspunct iſt

---

42) S. außer den vorhin angeführten *F. C. Conradi* vita Haloandri (in parerg. p. IV. fgg. auch in der praefation. parerg.). *Gebauer* narratio §. 28—31. Grupen a. a. O. p. 276. *Püttmann* miscell. c. 22. p. 205. *Conradi* in praef. ad *Gronovii* histor. Pandect. authentic. p. XII.

43) *A. G. Cramer* dispunct. iur. civ. lib. sing. p. 54—57.

alſo auch jede Ausgabe entweder Florentina, oder vulgata, oder mixta. Wollte man ja die Ausgaben nach den in ihnen enthaltenen oder nicht enthaltenen, oder nach der größeren oder geringeren Menge ihrer critiſchen Emendationen von einander unterſcheiden: ſo müßte dieß in einer Neben- oder Unterabtheilung geſchehen. Man müßte ſagen: dieſe vermiſchte, dieſe Florentiniſche Edition iſt critiſch, oder nicht critiſch; nicht aber: dieſe Edition iſt eine Florentina, dieſe eine vulgata, dieſe — eine critiſche. Eine ſolche Eintheilung iſt ſinnlos, und man kann ſich daher auch nicht genug wundern, wie bis auf den heutigen Tag ſo viele, nicht bloß gelehrte, ſondern auch ſcharfſinnige Männer ſich haben mit den alten finſtern Begriffen vertragen können.

2. Die Hervagiſche Ausgabe [44]. Brenkmann ſagt davon: male autem haec editio cum Norica vulgo confunditur, et pro eadem a plerisque habetur [45]. Noch jetzt halten ſie indeß mehrere für einen bloßen Abdruck der Haloandriſchen Ausgabe [46]. Allein dieß iſt erweislich falſch. Denn erſtlich liefert hier Hervagius aus einem Mſpt, welches Alciat aus Italien

---

44) (Corpus iur. civ.) Basiliae apud Joann. Hervagium. 1541. 4 B. Fol. *Brenkmann* p. 267. 68.

45) A. a. O. p. 292.

46) *Walch* ad Ekh. l. c. p. 108.

erhalten hatte [47]), zuerſt in dem Titel de excusat. tutor. das griechiſche vollſtändig, was man nicht bey Haloander findet, wie jeder bey einer flüchtigen Vergleichung finden kann. Außerdem aber heißt es auf dem Titel: non solum ad editionem Gregorii Haloandri diligenter collati, sed et Andreae Alciati consilio iudicioque in quam plurimis locis feliciter recogniti; und in der Vorrede ſagt der Herausgeber nochmals, er ſey zwar vorzüglich der vortrefflichen Haloandriſchen Ausgabe gefolgt, doch wären infinita loca Alciati iudicio et consilio repurgata. — Indeß kann man ganze Stunden ſuchen, bevor man auf eine Abweichung ſtößt, welches auch ſchon gewiſſermaßen a priori zu ſchließen iſt, da Alciat, als ein ſo großer Bewundrer des Haloander, nicht ohne Noth eine Aenderung vornehmen konnte. — Dieſe nicht ſehr beträchtlichen Abweichungen ſind denn auch wahrſcheinlich ſchuld an der gewöhnlichen Verwechſelung.

3. Die Portaiſche Ausgabe von 1547 [48]). Brenkmann ſagt davon: partim Noricam est sequutus, partim vulgatam. — — citat pandectas Florentinas, sed raro [49]).

---

47) *Augustin.* ad Modestinum Lib. sing. ad §. 9. (Otto Thes. T. IV. p. 1568.)

48) (Corp. iur. civ.) ap. Hugo et haeredes Clemonis a Porta Lugdun. 1547. V. Vol. Fol. *Brenkmann* p. 268.

49) A. a. O. p. 292.

4. Die Vintimilliſche Edition [50]). Noricam sequutus est, sed temperatam scriptura Florentina [51]). Vintimill hatte nämlich nicht allein Auguſtins Emendationen benutzt, ſondern ſich auch, wie er ſelbſt in der Vorrede anführt, durch die Freunde des Taurell und Metellus, und durch andre Gelehrte viele Lesarten des Florentiniſchen Mſpts zu verſchaffen gewußt [52]).

5. Die beiden oben not. 17. angeführten Ausgaben. Vor dem Digesto veteri der erſten ſteht: multa sunt restituta, cum doctorum virorum opera, tum maxime Antonii Augustini emendationibus (daher der gewöhnliche Name: *corpus iuris Augustini*) [53]). Spuren, daß dieſer Titel nicht zuviel verſpricht, findet man überall; ſelbſt von den Conjecturen Auguſtins iſt Gebrauch gemacht (z. B. in L. 4. §. 1. de statulib.), aber nicht überall von deſſen Bemerkungen, wovon oben ſchon Beyſpiele vorgekommen ſind. Auf dem Titel der zweyten Ausgabe ſteht: ex Pandectis Florentinis recognitus, emendatus, ut nihil quod puram putam eorum libro-

---

50) (Corpus iuris civilis) curante Vintimillio Rhodio. Paris ap. Carolam Guillard et Guilielm. Des Bois 1548—50. IX. Vol. 8. *Brenkmann* p. 268. 69.

51) *Brenkm.* p. 293.

52) *Brenkm.* p. 77. und 293.

53) S. auch davon *A. G. Cramer* progr. de sigla Digestorum. Chilon. 1796. p. 14.

rum lectionem attinet, desiderari possit. Allein dieß iſt eine offenbare Lüge, da die Ausgabe augenſcheinlich bey weitem am mehrſten aus msptis vulgatis geſchöpft iſt, und nach dem Zeugniß des Taurell (in praefat. P.) der Herausgeber bloß die dürftigen Annotationen Andrer per fas et nefas zuſammengeſcharrt hatte, auch nicht einmal alles Florentiniſche Lesart iſt, was er dafür ausgab [54]. Indeß iſt die Ausgabe bey dem allen wegen ihrer, von dem Herausgeber ſorgfältig geſammelten Varianten äußerſt ſchätzbar, daher auch Brenkmann (p. 293.) ſagt: profecto omnium, quibus usi sumus, optima elegantissimaque editio, et non uno nomine laudanda, quantumvis suos naevos habeat.

6. Die Sennetoniſche Ausgabe [55]. Größtentheils eine Editio vulgata, wobey, laut der Vorrede, noch ein Avignonſches Mſpt benutzt iſt, doch ſo, daß auch auf andre Lesarten Rückſicht genommen ward. Auch die Haloandriſche Ausgabe iſt dabey gebraucht.

7. Die Miräiſche Ausgabe [56]. Der Herausgeber ſagt in der Vorrede: „operae mihi pretium fore

---

54) *Brenkmann* p. 77. und 292—93.

55) (Corp. iur. civ.) Lugdun. ad Salamandrae apud Fratres Sennetonios V. Vol. gr. Fol. gloſſirt. *Brenkm.* p. 269.

56) (Corp. iur. civ.) Paris ap. Carolam Guillard, viduam Claudii Chevallonii et Culielmum Desboys. 1552. 53. VII. Vol. 8. Ed. *Lud. Miraeus Rosetanus. Brenkmann* ſchreibt p. 270. den Titel ſo: corp. iur. civil. cura *Haloandri*, welches aber augenſcheinlich ein Druckfehler iſt.

ratus sum, si e tribus editionibus, Florentina videlicet, vulgari, Haloandrina denique inter se collatis unam conflarem, — — adhibitis tamen signis aliquot, quibus alia ab alia internosci quiret. Cuiusmodi sunt * et [ ]. Nam asteriscus variantem lectionem indicat, praeposito scilicet Flo. quo Florentina, vel vul. quo vulgaris, vel Hal. quo Haloandrina lectio intelligenda est. Semiquadratula vero intercludunt ea, quae in Florentinis libris desunt, et in vulgari sive Hal. editione integra habentur.“ — Brenkmann ſagt darüber a. a. O. Imo illud praecipuum ac singulare habet haec editio, quae ex tribus illis conflata est, quod signa quaedam in contextu collocantur, quibus singula dignosci queant. — Etwas beſonderes iſt dieß wohl nur in ſofern, als es vor Taurell geſchah, daß ein Herausgeber gegen die Sitte der damaligen Zeiten ſich eines vernünftigen Zeichens bediente, um dadurch die Quellen des Textes von einander zu unterſcheiden. Nur Schade, daß ſich Miräus nicht conſequent blieb! Gewöhnlich wird freilich der Variante am Rande ein Flo. oder vulg. vorgeſetzt, aber lange nicht immer; auch ſind unendlich viele Varianten gar nicht bemerklich gemacht. Oft heißt es bloß *alias*, z. B. in L. 24. de adopt. L. 3. de minor. L. ult. de his qui not. inf. L. 2. de procurator. L. 1. de Legat. II.; und manchmal ſteht gar nichts davor, z. B. in L. 7. de dol. mal. L. 15. de vulg. et pup. subst. — Was die Florentiniſche Recenſion betrifft, ſo erklärt ſich

Miräus in der Vorrede deutlich dahin, daß dieſe im Zweifel immer vorzuziehen ſey, auch ſagt er, er habe das Mſpt eines Ungenannten gebraucht, et is quidem libros ſuos ita diligenter ad exemplar Florentinum contuliſſe fertur, ut non ſolum ingentem emendationum turbam transſcripſerit, verum etiam ſingula errata inſuper annotarit, quae in illo exemplari ineſſe deprehenduntur. Allein höchſt wahrſcheinlich war dieſe Collation ſehr unvollſtändig. Denn an unzähligen Orten findet man im Text die lectio vulgata, ohne irgend eine Randgloſſe über die Lesart des Florentiniſchen Mſpts. Auf der andern Seite aber findet man oft im Text die lectio Florentina, ſelbſt in den Inſcriptionen, welche die Ausgabe ſchon bis zum Ende ganz vollſtändig enthält, ohne daß dieß wieder am Rande bemerklich gemacht wäre, z. B. in L. 1. fin. regund. L. 7. qui teſt. fac. poſs. L. 2. de calumn. Uebrigens hat der Herausgeber auch von Auguſtins Emendationen Gebrauch gemacht, ſelbſt in Fällen, wo man die Bemerkungen dieſes ſonſt zu vernachläſſigen pflegte. So hat er z. B. ſchon den Titel de coniung. cum emanc. lib. vor dem Titel de ventre in poſs. mitt., keinen Titel pro ſoluto, und im Tit. de R. J. die richtige Ordnung des Florentiniſchen Mſpts.

8. Eine mir noch bekannte gloſſirte Ausgabe [57]) von 1575. Vor den Pandekten ſteht: ex Pandectis

---

57) (Corpus iuris civilis) Lugdun. 1575. V. Vol. gr. Fol.

Florentinis et aliis recentioribus exemplaribus probatiſsimis — — recognitus, emendatus. Der Text iſt aus allen Theilen gemiſcht, neigt ſich aber bey weitem am mehrſten auf die Seite der Vulgata.

9. Die Baudoziſche Ausgabe [58]. Gewöhnlich wird ſie eine Editio vulgata genannt, aber ohne allen Grund. Man weiß eigentlich gar nicht, was man von den Grundſätzen des Herausgebers denken ſoll. Bald nimmt er im Text die Florentiniſche Lesart an, bald folgt er der Vulgata [59], das eine, wie das andre, oft ohne allen Grund und ohne alle Beurtheilung. Bald zieht er in den Inſcriptionen jene [60] bald dieſe [61] vor. In L. 30 — 34. Tit. de manumiſs. test. hat er die Ordnung des Florentiniſchen Mſpts nach der griechiſchen Correctur; im Tit. de R. J. und nach dem Titel de dotis collat. hingegen die Ordnung der Vulgata, und nach dem Titel de usurp. et usuc. einen eignen Titel pro soluto.

---

58) Universi iuris civilis in quatuor tomos distributi corpus. Opera et studio *Petri ab Area Baudoza Cestii*. Lugdun. excudebat Gabriel Carterius. 1593. IV. Vol. 4. *Brenkm.* p. 273. *Gebauer* p. 149.

59) Z. B. in L. 20. qui pot. in pign. L. 23. de legat. III. L. 9. §. 5. de iur. et fact. ignor. L. 1. §. 5. de pollicit. L. omnibus 39. s. 40. de R. J. L. 45. de vulg. subst.

60) Z. B. L. 32. de pignor. act. L. 1. fin. regund. L. 154. de V. S.

61) Vergl. L. 16. L. 27. de R. J.

Mir ſcheint daher auch das, was Brenkmann [62] über dieſe Ausgabe ſagt, buchſtäblich wahr zu ſeyn: „Miscuit hic Florentinam et vulgatam lectionem, et nimium diligens est in variis lectionibus undequaque corradendis, etiam quae nullius momenti, et vel mera typorum menda sunt. Has lectiones margini adlevit, praeter alias notas, quas e superioribus editionibus liquido solet describere. Confundit item editiones, unde lectiones adducit. Profecto maiore diligentia, quam iudicio haec editio confecta est. Plenior scriptura plerumque rectior est visa Baudozae; in aliis fere mediam viam insistit, verum aliquando satis infeliciter: passimque vacillat in eligenda scriptura. Est etiam, ubi utramque lectionem in contextum admittit. In eo tamen laudandus, quod vel minutissima diligenter et cum cura referat.“

Doch es mag für jetzt in Anſehung der Pandekten an dieſem Verſuch genug ſeyn.

Auch in Anſehung der Novellen herrſchen viele ſonderbare, irrige und dunkle Vorſtellungsarten, welche abermals nur zu deutlich beweiſen, daß unſre mehrſten Juriſten ſich ſelten in dieſer Materie die Mühe geben, ſelbſt zu prüfen, was ſie, ihren Vorgängern blindlings folgend, andre zu lehren unternehmen.

Gewöhnlich heißt es: es giebt dreyerley Ausgaben der Novellen, 1) die Editiones vulgatas, 2) diejenigen,

---

62) A. a. O. S. 298.

welche nicht die alte lateiniſche Ueberſetzung, oder den urſprünglichen lateiniſchen, ſondern den griechiſchen Grundtext, oder 3) eine nach dieſem letzten in den neueren Zeiten gemachte Ueberſetzung enthalten. Die erſte findet ſich in den gewöhnlichen, z. B. den Gothofrediſchen Ausgaben; zu den zweyten gehört die Haloandriſche und Scrimgerſche Edition; zu den letzten endlich die Haloandriſche Ueberſetzung nebſt den Supplementen und Verbeſſerungen des Agyläus, und beſonders die Hombergkiſche Verſion. Soviel Worte, ſoviel Dunkelheiten, ſoviel halbwahre und halbfalſche Begriffe!

Editiones vulgatas kann man auf allen Fall nur die nennen, welche die den alten Gloſſatoren bekannten lateiniſchen Novellen, ſo wie ſie zu den Zeiten jener waren, enthalten. Die Zahl dieſer Novellen beläuft ſich höchſtens auf 119, und unter dieſen ſind nur 97, oder vielmehr genau genommen nur 95 gloſſirt, wie neuerlich von dem Hrn. Prof. Cramer vortrefflich gezeigt iſt [63]. Nun aber ſind in allen Gothofrediſchen Ausgaben 168 (richtiger 167) Novellen; Hombergk hat eben ſo viel, und manche, welche weder bey Haloander noch Scrimger in dem griechiſchen Text exiſtiren, oder gar nicht aus dem griechiſchen überſetzt ſind; mithin iſt die Gothofrediſche Ausgabe keine reine editio vul-

---

63) *A. G. Cramer* Progr. ad hiſtoriam Novellarum *Juſtiniani* Imp. analecta litteraria. Kilon. 1794. S. 7—20.

gata, und die Hombergkiſche keine reine neue Ueberſetzung. Es fragt ſich alſo: woher haben beide ihren Stoff genommen? — Die Unterſuchung dieſer Frage kann, wenn ſie gelingt, am beſten dazu dienen, die gangbaren Begriffe zu vernichten und aufzuklären.

Die erſte griechiſche Ausgabe iſt die des Haloander. Das Manuſcript deſſelben war unvollſtändig, und er lieferte deßhalb nicht mehr, als 143 griechiſche Novellen, doch auch ſelbſt dieſe nicht vollſtändig, ſondern zum Theil im Auszuge, zum Theil bloße Titel derſelben [64]. Unter dieſen Novellen ſind manche, welche ſich nicht unter den vulgatis befinden, aber umgekehrt enthalten auch die letzten viele, welche man vergebens bey Haloander ſucht. Bald nachher erſchien die Ausgabe des Scrimger. Dieſer hat freilich viele dem Haloander fehlende oder von dieſem im Auszug gegebene Novellen geliefert; dagegen aber fanden ſich in ſeinen Manuſcripten auf der andern Seite manche Novellen nicht, oder verſtümmelt, welche Haloander theils im Auszuge, theils vollſtändig hat, nämlich Nov. 36. 37. 62. 65. 104. 138. 139. 143. 145. 150. 161. 163. 164. 165. Hiervon ſind noch die von Scrimger zu den Edicten gezählten Novellen ausgeſchloſſen. Beide können ſich alſo wechſelſeitig ſuppliren, aber auch wenn dieß geſchieht, wenn auch die Auszüge für ganze Novellen

---

64) Das genauere Detail hierüber ſ. bey Cramer a. a. O. S. 20—24.

gerechnet, und die von Scrimger unter die Edicte verſetzten Novellen wieder herbeygezogen werden: ſo kann man dennoch aus beiden nicht die Zahl der 167 Novellen zuſammenbringen, und ſo vollſtändig machen, wie ſie jetzt in allen neueren Ausgaben ſind. Denn noch immer fehlen Nov. 9. 11. 34. 41. 166. 167. 168. ganz; von Nov. 23. 33. 114. exiſtiren nur im griechiſchen kurze Auszüge, indem ſie ſich in lateiniſchen Handſchriften vollſtändig finden; auch ſind Nov. 6. in fin. Nov. 7. in praef. und Nov. 17. in praef. in den letzten unverſtümmelt, welches ſie hingegen im griechiſchen Text nicht ſind. Die eben angeführten fehlenden Novellen laſſen ſich indeß aus Julian und andern Quellen suppliren.

Will man alſo die 167 wenigſtens vollzählig und, ſo weit es angeht, vollſtändig machen, ſo muß man 1) die Ausgaben des Haloander und Scrimger in einander greifen laſſen; 2) man muß aus den vorhandenen lateiniſchen Novellen ſuppliren, was im Griechiſchen ganz oder zum Theil fehlt, und 3) die übrigen Lücken, ſo viel es ſich thun läßt, aus Julians Auszuge u. ſ. w. zu ergänzen ſuchen. Nur dadurch läßt ſich etwas einigermaßen vollſtändiges zu Stande bringen. Da nun aber in den vorhandenen lateiniſchen Novellen manches fehlt, was die griechiſchen haben, und umgekehrt; ſo folgt, daß es weder eine vollſtändige rein griechiſche, noch eine vollſtändige editio vulgata geben kann, daß mithin jede vollſtändige Ausgabe vermiſcht ſeyn muß.

Eine ſolche vermiſchte Ausgabe veranſtaltete nun Contius, unſtreitig die wichtigſte unter allen neueren, obgleich ſie — warum? iſt kaum zu begreifen — in unſern Compendien und Commentaren faſt allgemein mit Stillſchweigen übergangen wird. Es iſt daher wohl der Mühe werth, an dieſem Orte einige genauere Nachrichten von derſelben zu geben; ſoweit ſich dieſe nämlich durch Vergleichung der verſchiedenen Ausgaben auffinden laſſen.

Contius beſaß vortreffliche Manuſcripte, worin ſich außer den gloſſirten, noch verſchiedene andere den alten Gloſſatoren bekannte lateiniſche Novellen befanden. Dieſer bediente er ſich hauptſächlich in Anſehung des lateiniſchen Textes, und verfuhr nun überhaupt etwa auf folgende Weiſe:

1) Er wollte eine griechiſche und lateiniſche, und zugleich eine möglichſt vollſtändige Ausgabe veranſtalten. Er nahm daher das Griechiſche auf, ſo weit es Haloander und Scrimger nur irgend hatten, und zwar folgte er ſtets dem, welcher eine Novelle am vollſtändigſten lieferte. Bey gleicher Vollſtändigkeit gab er dem Scrimgerſchen Text den Vorzug.

2) Dem griechiſchen Text gegenüber oder zwiſchen denſelben eingeſchaltet, kam die lateiniſche Ueberſetzung zu ſtehen, die Novelle mochte nun bey Haloander und Scrimger bloß im Auszuge (Nov. 23. 33. 114.), oder verſtümmelt (Nov. 6. in f. Nov. 7. und 17. in praef.), oder gar nicht (Nov. 9. 11. 34. 41.) vorgefunden werden.

Doch gab er dann auch den griechiſchen Auszug nebſt einer Ueberſetzung.

3) Soweit die versio vulgata theils in den vorhandenen Ausgaben, theils in ſeinen Mſpten reichte, oder ſonſt aufgefunden werden konnte [65]), ließ ſie Contius unverändert abdrucken, und nur, wenn ſonſt keine Verſion vorhanden war, überſetzte er das Griechiſche ſelbſt, z. B. Nov. 50.

4) Die übrigen in dem griechiſchen und lateiniſchen Text nun noch fehlenden Nov. 35. und 41. ergänzte er durch die Auszüge des Julian; auch lieferte er dieſe, wenn ſie vollſtändiger, als Haloanders und Scrimgers Novellen waren, ließ aber dennoch dieſe zugleich mit jenen abdrucken (S. Nov. 62. 65. 75.).

5) Fügte er noch die drey letzten ſogenannten Novellen nebſt der Cujaziſchen Ueberſetzung derſelben hinzu.

Auf dieſe Weiſe brachte nun Contius 168 lateiniſche (wenn man nämlich Nov. 8. Coll. 2. für zwey Novellen rechnet) theils ganz, theils im Auszuge, von den griechiſchen hingegen nur 164 vollſtändige, abgekürzte und verſtümmelte Novellen zuſammen. Jetzt war nur noch die Frage: in welcher Ordnung ſollen alle dieſe Novellen auf einander folgen? denn Haloander hat nicht die Ordnung, welche man in den editionibus vulgatis findet, und von beiden iſt wieder die des

65) Dieß iſt der Fall mit Nov. 42. ſ. darüber Cramer l. c. p. 14.

Scrimger ſehr verſchieden. Contius entſchied ſich in der gloſſirten Ausgabe von 1576 für die Zweyte [66]. Er ließ alſo erſt die 9 Collationen der gloſſirten Novellen in ihrer bisherigen Form abdrucken, und auf dieſe folgte dann eine zehnte Collation mit den übrigen Supplementen.

In der Ausgabe von 1571 und 1581 verließ indeß Contius dieſe Ordnung, und legte ſtatt derſelben die des Scrimger zum Grunde, doch ſchaltete er die dieſem fehlenden Novellen am gehörigen Orte ein, auch ſetzte er die Nov. 50. an ihren jetzigen Ort, da ſie nach der Ordnung des Scrimger eigentlich hätte auf Nov. 41. folgen ſollen. Von der Vulgata behielt er bloß die Eintheilung in 9 Collationen bey, deren jede aber in ſich natürlich ſehr von der alten Ordnung abweicht.

Dieſe Contiſche Ausgabe iſt nun nachher in allen Gothofrediſchen, gloſſirten und nicht gloſſirten,

66) Wie er in der Ausgabe von 1562 verfuhr, iſt mir unbekannt, weil ich damit keine Vergleichung habe anſtellen können. In der gloſſirten Ausgabe iſt dieſe Ordnung unſtreitig, wie man deutlich aus der von dem Herrn Reg. Rath Medicus in den Frankf. gel. Anz. 1779. S. 678 fgg. bekannt gemachten Vorrede ſieht. Die eben angeführte Vorrede findet ſich auch in der edit. Simon van Leuwen, welcher ſie, da er keine collatio decima mehr hat, wohl nur deßwegen herſetzte, weil ſich Contius darin umſtändlicher über ſeinen Plan, als in der neueren Ausgabe, erklärte.

Folio= Quart= und Octav=Ausgaben angenommen, wie=wohl in den kleineren und den gloſſirten nur der lateiniſche Text; doch hat Gothofredus noch die von Pithöus nachher aufgefundene Nov. 138. dem von Contius gelieferten Julianiſchen Auszuge beygeſetzt. Daſſelbe hat Simon van Leeuwen, welcher, wie jener, in ſeiner prächtigen Folio=Ausgabe (Amstelod. 1663.) auch den griechiſchen Text lieferte, außerdem noch in Anſehung der Nov. 65. gethan. Die vollſtändigen Ausgaben beider unterſcheiden ſich alſo von der Contiſchen hauptſächlich nur durch dieſe beiden Supplemente.

Dieſe Leeuwenſche Ausgabe ward nun wieder von Hombergk zum Grunde gelegt. Natürlich konnte dieſer nur überſetzen, ſoweit es einen griechiſchen Text gab, im übrigen mußte er, da er, wie Contius, vollſtändig ſeyn wollte, das Lateiniſche wiedergeben, wie er es fand. Das Eigenthümliche der Hombergkiſchen ſogenannten Ueberſetzung beſteht überhaupt etwa in folgendem: 1) Hombergk reſtituirte die von ihm in einer alten Ausgabe der Novellen Julians vollſtändig als Anhang in lateiniſcher Sprache gefundenen Nov. 35. 36. 37., behielt aber zugleich die kurzen Auszüge aus Julian und der Haloandriſchen Ausgabe bey, wie man ſie bey Contius, Gothofredus, und S. v. Leeuwen findet. 2) Von den durch die beiden letzten in der versio vulgata reſtituirten Nov. 65. und 138. hat er nur die erſte, nicht aber die letzte, und an

die Stelle derſelben bloß, wie Contius, den Juliaſ niſchen Auszug aufgenommen, höchſt wahrſcheinlich weil dieſer gar nicht von der übergangenen Urſchrift abweicht. Doch hat Hombergk bey dieſer Novelle zugleich noch aus Haloander ein kurzes Argument derſelben, nebſt einer Ueberſetzung eingeſchaltet, welches man weder bey Contius, noch Gothofredus, noch S. v. Leeuwen findet. Eben ſo hat er 3) aus Haloander den griechiſchen Auszug der Nov. 104., den Contius und die andern bloß in der Ueberſetzung haben, eingeſchaltet, und der von jenen bloß in der versio vulgata gelieferten Nov. 134. den Haloandriſ ſchen Auszug nebſt einer Ueberſetzung beygefügt. 4) Wo der griechiſche Text vollſtändig und dem Anſehn nach unverſtümmelt ſcheint, hat er dieſen bloß überſetzt, ohne das, was die versio vulgata mehr enthält, mit einzuſ ſchalten (S. Nov. 6. in fin. und Nov. 7. in praefat.); wo es hingegen offenbar iſt, daß der griechiſche Text wirkliche Lücken enthält, hat er in der Ueberſetzung die versio vulgata eingreifen laſſen, und durch dieſe die Lücken ausgefüllt (S. Nov. 17. in praef.). 5) In den Noten ſind, außer den, aus Haloander, der vulgata u. ſ. f. gezogenen, noch andere Varianten aus einem Vatikaniſchen und Florentiniſchen griechiſchen Mſpt., welche Brenkmann dem Herausgeber mitgetheilt hatte, beygebracht, und außerdem noch einige andre Varianten aus 11 von Montfaucon für die Baſiliken wieder

aufgefundenen Novellen [67]). Die Hombergkiſche Ueberſetzung iſt alſo auf allen Fall vollſtändiger, als alle vorhergehenden, doch fehlt auch in ihr, zufolge des eben Geſagten, einiges, was man bey Contius und deſſen Nachfolgern findet.

In der neueſten Spangenbergiſchen Ausgabe iſt nicht allein alles, was man bey Leeuwen findet, abgedruckt, ſondern es iſt auch noch die ganze Hombergkiſche Ueberſetzung mit ihren Supplementen und wichtigſten Varianten hinzugethan. Außerdem enthält dieſe Ausgabe noch Varianten aus 4 Handſchriften, zu denen noch einige neue Novellen-Auszüge gekommen ſeyn ſollen [68]). Sie iſt alſo bey weitem die vollſtändigſte und reichhaltigſte unter allen, und wird in dieſer Hinſicht wahrſcheinlich niemals übertroffen werden.

Zuſatz.

Seit dem Erſcheinen der obigen Abhandlung iſt bekanntlich der critiſche Eifer unſrer Juriſten immer

---

67) S. Hombergks praefatio, vergl. mit Brenkmanns Briefen an denſelben, in dem Appendix zu *A. L. Hombergk zu Vach* de novellarum conſtit. Imp. Iuſtiniani lingua originaria. n. VII. IX. X. (in *Zepernick* delectu ſcriptorum novellas Iuſtiniani earumque hiſtor. illuſtrant. S. 254. fgg.)

68) S. Göttingſche Gel. Anz. v. J. 1797. St. 103. S. 1078 — 1080.

reger geworden, und es iſt zu wünſchen, daß dieſer Eifer fortdaure, wenn uns eine gute eigne Geſetzgebung nicht rettet, weil es immer Pflicht iſt, zu thun, was man zu thun vermag, auch wenn die Vollendung zu den Unmöglichkeiten gehört. Die in der Note (*a*) bemerkten Schriften enthalten noch manches, woraus ſich Nachträge zu meiner Abhandlung entlehnen laſſen, welche ich hier aber nicht aufzählen will, weil ich das Bekannte nicht zu wiederholen brauche. Für einen Irrthum muß ich es aber erklären, wenn vorhin S. 288. not. 24. das Daſeyn einer Contiana von 1566. geleugnet iſt. Ich kann jetzt, durch den eignen Augenſchein belehrt, ihr Daſeyn bezeugen. Auch kann ich noch hinzufügen, daß Cramer (*b*) das Daſeyn einer Contiana von 1559. richtig vermuthet hat. Ich beſitze ſie jetzt ſelbſt, und kann alſo darüber als unverwerflicher Zeuge gelten. Sie iſt der von 1565., welche ich gleichfalls beſitze, im Weſentlichen gleich.

(*a*) Hugo Civ. Mag. 3. B. 1. St. nr. 2. 2. St. nr. 7. 4. B. S. 447—453. Schrader Abhandl. 1. B. S. 237. fgg. *Cramer* de V. S. Kil. 1811. Praefat. Die Recenſion dieſer Schrift (von Savigny) in den Heidelberger Jahrb. 1812. S. 577. fgg. Glück Handb. 1. B. S. 231. fgg. Savigny Zeitſchr. 2. B. 1. Hft. nr. 4.

(*b*) in Hugo Civ. Mag. 3. B. S. 37. not.

Funfzehnte Abhandlung.

Einige Erinnerungen gegen Höpfners Commentar über die Inſtitutionen, die Regeln der Interpretation betreffend.

Nichts kann für die Cultur der Rechtswiſſenſchaft und die Anwendung der Geſetze gefahrvoller und verderblicher ſeyn, als das unter den Rechtsgelehrten von jeher herrſchend geweſene Schwanken in Anſehung des Gebrauchs der Regeln der Hermeneutik. Nur wenig Schriftſteller finden ſich, welche bey ihren einmal angenommenen Regeln beharren, und ſich durchaus conſequent bey der Anwendung derſelben bleiben. Die mehrſten halten ſich an den Grundſatz des Zuträglichen und der Bequemlichkeit, und bilden ſich lieber Regeln nach den Fällen, als daß ſie dieſe nach unwandelbaren Principien entſcheiden ſollten. Hieraus entſteht denn eine ſolche Ungewißheit und Unſtätigkeit des Rechts, daß man ſich in der That nicht wundern darf, wenn grade die beſſeren Köpfe ihr Rechts-Studium mit ſo vielem Verdruß und Widerwillen betreiben.

Nie hat vielleicht unter den mittelmäßigen Rechtsgelehrten dieſes Schwanken, dieſe durchgehende Inconſequenz und Willkühr mehr überhand genommen, als grade jetzt, und zwar, wie ich glaube, am mehrſten durch Hülfe des Höpfnerſchen Commentars über die Inſtitutionen, eines Werks, welches, bey vielen und weſentlichen Vorzügen, dennoch auf keinen Fall verdient hätte, an die Stelle aller übrigen Schriften zu treten, und beynah das einzige Orakel des gewöhnlichen Practikers zu werden. Daß ihm dieſe Ehre wirklich wiederfahren iſt, und vielleicht noch lange wiederfahren wird, beweiſt die Erfahrung, und läßt ſich mit ziemlicher Gewißheit aus dem Geiſt der Zeit ſchließen. Eben deßwegen verlohnt es ſich daher auch wohl beſonders der Mühe, die Mängel deſſelben bemerklich zu machen, und wenigſtens theilweiſe nach und nach die übermäßige Auctorität deſſelben zu untergraben. Schon mehrere haben zu dieſem Endzweck gearbeitet, aber noch immer bleibt ſo vieles nachzuholen übrig, daß ich ohne Gefahr den Verſuch machen darf, meine obigen Behauptungen durch eine kleine Sammlung von Beyſpielen, welche ich mir aus der Schrift zuſammengetragen habe, zu verſinnlichen.

Wenn wir den Grund eines Geſetzes kennen, der Geſetzgeber aber die ausdehnende Erklärung deſſelben unterſagt hat: läßt es ſich alsdann dennoch rechtfertigen, wenn der Richter den Umfang des Geſetzes nach dem Grunde deſſelben erweitert, oder nicht? Denkt man kalt über die Frage im Allgemeinen nach, ſo kann die Antwort

nicht anders, als verneinend ausfallen. Der Richter ſoll ſich unmittelbar und allein an die Worte halten, wenn er nicht hiſtoriſch erweislich machen kann, daß ihm der Grund des Geſetzes, und der Wille des Geſetzgebers eine Abweichung vom Sprachgebrauch geſtatten. Was der Geſetzgeber mit einem ſolchen Verbot bezwecken will, weiß er in tauſend Fällen nicht, aber es läßt ſich möglicher Weiſe die Vernünftigkeit deſſelben denken; mithin muß auch die ausdehnende Erklärung ſchlechterdings wegfallen, wenn man zugiebt, daß der Richter nicht über, ſondern unter dem Geſetzgeber ſteht. — Höpfner war ein Mann von hellem, geſundem Verſtande, aber, wie gewöhnlich Köpfe dieſer Art ſind, nicht umfaſſend und conſequent genug, zu ſehr durch das Gefühl des Augenblicks beſtimmt, als überall durch feſte und ſichere Principien geleitet. Es koſtete ihm zu wenig Mühe, ſich in die Gedanken andrer hineinzudenken, und er liebte es zu ſehr, ſich andrer Gedanken zu eigen zu machen, als daß er rein von ſelbſterzeugten Ideen hätte ſeyn, und ſeine Begriffe zu einem durchgängig conſequenten Ganzen hätte vereinigen können. — Wie er über die eben aufgeworfene Frage im Allgemeinen dachte, läßt ſich nicht aus dem Commentar entdecken, aber wohl, daß er bey der Anwendung ſeiner Grundſätze ſchwankend und inconſequent war. Bey der Unterſuchung des Streits über die Zuläſſigkeit einer ausdehnenden Erklärung der L. ult. C. de revoc. donat. ſagt er: „Ob übrigens eine Schenkung bloß wegen der vier angeführten, oder auch wegen

andrer gleich wichtigen Urſachen revocirt werden könne, iſt beſtritten. Die meiſten Juriſten behaupten das letzte, ob aber mit Grund, daran zweifle ich. Denn das Geſetz ſagt: *ex his tantummodo caussis*" [1]). — Nun wollen wir ihn dagegen an einem andern Orte hören. — „Hat aber die Enterbung der Kinder und Eltern aus keinen andern, als den angeführten Urſachen Statt? — Juſtinian ſagt in der Nov. 115. cap. 3. ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis caussas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur. Daher behaupten viele Juriſten, daß ſchlechterdings keine andre Urſachen der Enterbung zuläſſig ſeyen. Allein in der Praxis iſt die vernunftmäßigere Meynung angenommen, daß wegen Handlungen von ganz gleicher oder noch ſchlimmerer Art — allerdings eine Enterbung geſchehen könne" [2]). Nur zu ſehr ſieht man hier den billig denkenden Mann, dem es am Herzen liegt, die Geſetzgebung vollkommen zu wiſſen. Im erſten Fall war es ſchwer, gleiche oder ſtärkere Urſachen des Widerrufs aufzufinden, da konnte alſo der Grundſatz vertheidigt werden; in dieſem hingegen lag es klar am Tage, daß Juſtinian manches übergangen hat, was er mit unter dem Geſetz hätte begreifen ſollen: hier mußte der Billigkeit wegen der Grundſatz im Dunkeln bleiben. Allein was iſt eine ſolche

1) §. 412. S. 372.

2) §. 480. S. 455. auch §. 25. S. 42. 43.

Billigkeit, welche nur auf Koſten der Conſequenz erhalten und erſchlichen wird?

Ich gebe es zu, Inconſequenz iſt hier dem gefühlvollen Mann natürlich, aber ſie iſt verderblich. Wenn die Ausdehnung eines Geſetzes unterſagt wird, ſo geſchieht dieß in der Regel wohl nur, um die ſeichten Köpfe zu verhindern, Fälle unter das Geſetz zu ſubſumiren, die davon ausgeſchloſſen ſeyn ſollen. Daß ſich vielleicht noch Fälle entdecken laſſen, worauf hätte Rückſicht genommen werden ſollen, giebt der Geſetzgeber zu. Aber, wenn er erlaubte, das Geſetz auf dieſe auszudehnen, ſo müßte er ja überhaupt eine Ausdehnung zulaſſen, und dann wäre grade das zu befürchten, was er verhindern will. Er muß alſo nothgedrungen alle Ausdehnung unterſagen, — und was liegt auch daran, ſo lange der vernünftige Richter ſtets im Stande bleibt, ſeine Meynung durch Einholung einer authentiſchen Interpretation durchzuſetzen?

Angenommen alſo, der Geſetzgeber ſagte: wer ſeinen Vater unfreundlich anſieht, oder ſchlecht von demſelben ſpricht, ſoll von dieſem enterbt werden können, aber nicht aus andern Urſachen. Darf hier der Vater ſeinen Sohn, welcher ihn verwundete, oder nach dem Leben ſtand, rechtmäßig enterben? Höpfner würde bejahend geantwortet haben, aber mit dem größten Unrecht. Will man das Geſetz auf dieſe Fälle ausdehnen, ſo kann dieß doch auf keine andre Weiſe geſchehen, als dadurch, daß man den Grundſatz annimmt:

wegen gleicher Urſachen iſt auch hier eine Ausdehnung zuläſſig. Dieſer Grundſatz muß dann natürlich das gemeinſchaftliche Eigenthum aller werden. Der unvernünftige, ſeichte Richter wird nun auch ſeine gleichen, ähnlichen und ſtärkeren Fälle auffinden, und alſo iſt die Vernunft des einen offenbar Schuld daran, daß dem Geſetzgeber alle Macht benommen wird, die Unvernunft der übrigen in Schranken zu halten. Hier liegt grade der Grund der unſeligen Seichtigkeit unſrer heutigen Exegeten. Niemand ſieht auf das Ganze; jeder will ſeine Einfälle durchſetzen, weil er ſich als Mittelpunct des Zirkels, nicht als kleines Glied einer großen Kette anſieht. Ueberall werden die Grundſätze durchbrochen, weil jeder für ſich ſeine Ausnahmen haben will, und da alle auf gleiche Rechte Anſpruch zu machen befugt ſind, ſo werden die Regeln ſo lange, und ſo von allen Seiten gebeugt und beſchnitten, bis nichts als der Schatten von ihnen übrig iſt. Dieß ſind denn am Ende die Folgen der geprieſenen leidigen Billigkeit und Vernunftmäßigkeit, eines Mißgeſchöpfs, welches jeder denkende Mann mit Feuer und Schwert aus dem Gebiet der Rechtswiſſenſchaft zu vertreiben ſuchen ſollte.

Unſre Verfaſſung iſt zum Theil ſchuld an dieſen herrſchenden Inconſequenzen und Willkührlichkeiten. Dem Schriftſteller und academiſchen Lehrer ſind als ſolchem die authentiſchen Interpretationen ſeines Landesherrn von keinem Werth. Er ſoll und will nur lehren, was auch in andern Ländern brauchbar iſt. Hier

iſt nun nichts bey der menſchlichen Schwäche natürlicher, als daß er ſich durch Raiſonnement eine Gewißheit zu verſchaffen ſucht, welche eigentlich nur durch die authentiſche Interpretation erhalten werden kann. Gewiß würden der willkührlichen Interpretationen weniger ſeyn, wenn die Länder, in denen das Römiſche Recht gilt, unter Einem Regenten ſtänden.

Noch ein zweytes Beyſpiel aus der Lehre von der logiſchen Interpretation! Nach der Vorſchrift der Geſetze, und nach der Natur der Sache darf ein Geſetz nur dann nach der Raiſon deſſelben ausdehnend erklärt werden, wenn das Daſeyn des Grundes ſich hiſtoriſch erweiſen läßt, alſo nicht, wenn man den Grund gar nicht kennt, wenn man nur dieſe oder jene Raiſon durch eine Hypotheſe annehmen kann [3]. Fällt hingegen der Grund eines Geſetzes in der Folge ganz weg, oder paßt derſelbe nicht auf einzelne Fälle: ſo wird dadurch allein die Anwendbarkeit des Geſetzes nicht aufgehoben, es ſey denn, daß ein neuerer Grundſatz dem Grunde des älteren Geſetzes zuwider wäre, oder daß man erweiſen könnte, der Geſetzgeber würde, wenn er von der Beſchaffenheit der Sache vollſtändig unterrichtet geweſen wäre, ſelbſt

3) L. 12. de LL. non poſſunt omnes articuli sigillatim legibus comprehendi, ſed quum in aliqua cauſſa ſententia earum *manifeſta est*, is, qui iurisdictioni praeeſt, ad ſimilia procedere, et ita ius dicere debet. L. 20. L. 21. eod.

ſein Geſetz eingeſchränkt haben [4]. Aber auch in dieſen Fällen muß natürlich vor allen Dingen die Exiſtenz der angenommenen Raiſon dargethan werden.

Höpfner nimmt zwar dieſe Grundſätze, ſofern ſie die Erweislichkeit der Raiſon betreffen, im Allgemeinen an, indem er behauptet, man könne ein Geſetz ausdehnen und einſchränken, wenn man den Grund deſſelben erforſcht habe [5]; aber mit der Anwendung ſieht es wiederum nicht überall zum beſten aus. Z. B. im L. 8. C. de revoc. donat. wird dem Patron das Recht eingeräumt, die dem Freygelaßnen gemachte Schenkung wegen nachgekommener Kinder ganz zu widerrufen. Kann dieſes Geſetz auf jeden andern Schenkenden ausgedehnt werden? Ich verneine dieß. Denn wir wiſſen nichts zuverläſſiges über die vollſtändige Raiſon des Geſetzes. Der Patron hatte überhaupt große Vorrechte, und wenn der Geſetzgeber auf dieſe Rückſicht nahm: ſo paßt die Verordnung nicht auf jeden andern. Höpfner ſagt: verſchiedne behaupteten, das Geſetz könne nicht mit Grund auf andre Schenkende ausgedehnt werden. „Indeſſen, fährt er fort, läßt ſich doch manches

4) *Forster* de iur. interpr. Lib. XI. c. 13. n. 1. Webers Reflexionen §. 16. 18. Derſelbe von der natürl. Verbindl. §. 64. S. 234. fgg. *Averan* interpr. iur. L. V. c. 10. n. 2. 3. L. 15. de iure patron. L. 1. §. 2. de aedil. edict. L. 8. §. 8. de transact. *Voorda* interpr. et emend. L. I. c. 1.

5) §. 25. S. 42.

für die extenſive Auslegung anführen, und in der Praxis iſt ſie unſtreitig angenommen" 6). — Was iſt dieſes Manche? Doch nur die ſogenannte Billigkeit, Vermuthungen über die wahrſcheinliche Raiſon des Geſetzes, und dergleichen? Ließen wir überall Ausdehnungen aus ſolchen Gründen zu, ſo würde unſre ganze Rechtsverfaſſung über den Haufen geworfen werden. Unſre Vermuthungen und Vorausſetzungen würden ſich ſo mannichfaltig und bunt durchkreuzen, daß von den Geſetzen ſelbſt nichts, als der Stoff zu endloſen Controverſen übrig bliebe.

Die Klagen auf eine Privat-Strafe fallen bekanntermaßen in der Regel bey uns weg, alſo auch die actiones in duplum, ſofern nämlich die Hälfte des Doppelten wirklich als Strafe erlegt wird. Denn geſchieht dieß aus andern, noch jetzt fortdaurenden, den einheimiſchen Rechten nicht widerſtreitenden Gründen: ſo bleibt das Römiſche Recht natürlich in ſeiner vollen Gültigkeit. So können z. B. noch jetzt die actio rationibus distrahendis und die actio de tigno iuncto auf das Doppelte angeſtellt werden. Daß ſie Pönalklagen waren, iſt bis jetzt noch nicht erwieſen, und es läßt ſich ſogar das Gegentheil vermuthen. Die erſte ward wahrſcheinlich dem Pupillen gegeben, um ihn wegen des ſchwierigen Beweiſes das Intereſſe zu decken 7), und aus gleichen

6) §. 412. S. 372.

7) *Boehmer* de action. S. II. c. 6. §. 22. [Allein ſ. dagegen L. 2. §. 2. de tutelae et rat. distr.]

Gründen räumte man dem Eigenthümer, weil derſelbe gegen die Regeln des ſtrengen und natürlichen Rechts der Vindication beraubt ward, die zweyte ein, wie ſchon allein daraus beynah mit völliger Gewißheit erhellet, daß die Klage ſelbſt gegen den Beſitzer im guten Glauben Statt findet. Dennoch iſt Höpfner in Anſehung beider Fälle der entgegengeſetzten Meynung, weil, wie er ſagt, die Klagen auf das Doppelte bey uns wegfallen [8]. Soll dieſer Satz einen vernünftigen Sinn haben, ſo kann derſelbe nur auf der Vorausſetzung beruhen, daß alle actiones in duplum bey den Römern Pönal-Klagen waren. Es wird alſo in den beiden angeführten Fällen wiederum eine Raiſon präſumirt, ohne daß Höpfner irgend daran denkt, die Wahrheit ſeiner Vorausſetzung durch einen befriedigenden hiſtoriſchen Beweis darzuthun.

Es würde den Leſer ermüden, wenn ich meine Behauptungen noch an mehreren Beyſpielen dieſer Art ausführen wollte. Wer den Commentar nur mit einiger Aufmerkſamkeit lieſt, wird deren ſelbſt noch eine ziemliche Menge finden können [9].

Zum Beſchluß noch etwas über das ſogenannte argumentum a contrario!

Der Geſetzgeber kann und muß es verlangen, daß man ſich an ſeine Worte hält, und wenigſtens im

---

8) §. 221. S. 208. §. 320. S. 284.

9) Vergl. z. B. §. 146. not. 1. S. 166. §. 716. not. 5. S. 654.

Zweifel ſtets vorausſetzt, daß er ſich den Regeln der Sprache gemäß ausdrückte. Der Richter darf daher auch nicht ohne Noth vorausſetzen, daß ein Wort oder ein Satz überflüſſig und zwecklos daſteht: ſondern er muß das Geſetz ſo auslegen, daß jedes Wort ſeine volle Wirkſamkeit in Gemäßheit des Sprachgebrauchs erhält. Quum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat, ſagt Ulpian [10]), und mit Recht. Denn wozu ſtänden ſonſt die Worte in praeteritum im Geſetz? Die Natur der Sache ſpricht zu ſehr für das argumentum a contrario, als daß wir uns deſſelben nicht bedienen ſollten; und wenn dieß auch nicht wäre, ſo würden wir dennoch bloß und allein wegen der ausdrücklichen Vorſchrift der Geſetze verbunden ſeyn, von demſelben, wenigſtens in der Regel Gebrauch zu machen [11]).

Daß in jeder Geſetzgebung, und beſonders im Römiſchen Recht das argumentum a contrario täuſchen kann, liegt in der Natur der Sache, und hätte kaum des weitläuftigen Beweiſes bedurft, wie Noodt denſelben geführt hat [12]). Allein daraus folgt doch

---

10) L. 22. de LL.

11) Vergl. L. 18. de testibus. *Voet.* ad P. L. 1. T. 3. n. 44. Ein merkwürdiges Beyſpiel kommt noch in L. 26. §. 2. de pact. dotal. vor. Quum inter patrem et generum convenit, *ut in matrimonio ſine liberis defuncta filia dos patri reſtituatur*, id actum inter contrahentes intelligi debet, ut liberis superstitibus filia defuncta dos retineatur.

12) In Iulio Paulo cap. VII. In Dioclet. et Maximian. cap. II. — So wenig mir auch Noodts Meynung in ihrer unbeſchränkten Allgemeinheit anzunehmen ſcheint, zumal jetzt, nach Juſtinians Compilation: ſo ſind ihm doch unter den

nichts weiter, als daß man ſich jenes Arguments mit Vorſicht bedienen muß, und daß die Beweiskraft deſſelben alsdann wegfällt, wenn ſich darthun läßt, daß der Geſetzgeber nicht dachte, wie er ſprach. Dieſer Beweis wird aber in jedem einzelnen Fall erfordert. Denn beynah die ganze grammatiſche Interpretation wäre vernichtet, wenn man nicht als Grundſatz annähme, daß die Vermuthung im Zweifel immer für das argumentum a contrario iſt. Hätte Noodt dieſen Satz, bey ſeinem ausdrücklichen Widerſpruch, nicht ſtillſchweigend eingeſtanden, und die Wahrheit deſſelben gefühlt, ſo würde er auch nicht die kleinſte ſeiner Schriften haben zu Stande bringen können.

Höpfner ſchwankt auch hier abermals. Im §. 453. S. 417. ſagt er: die Meynung derer, welche behaupteten, der Soldat ſey auch außer der Expedition in Anſehung der Materie des Teſtaments privilegirt, habe zwar einigen Schein, aber ſie laſſe ſich dennoch nicht mit Grunde vertheidigen. Denn, ſetzt er not. 5. hinzu: Juſtinian ſagt §. 6. I. de exheredat. wenn ein Soldat in *expeditione* ein Teſtament mache und ſeine Kinder übergehe, ſo gelte die Präterition als eine

---

neueren die mehrſten gefolgt, aber nicht alle. Zu den letzten gehört z. B. *Bynkershoek* opuſc. de pact. ſtrict. iur. contr. adject. c. 2. 3. Zu den erſten: Brenkmann diſs. de LL. inſcript. §. 13. Reinold orat. de eod. arg. §. 13. (opuſc. ed. Iugler p. 581.) Bach diſs. de iur. transact. non cognit. tab. teſt. §. 6. (opuſc. p. 85.) Eckhard herm. iur. §. 201. 221. — Vielleicht werde ich bey einer andern Gelegenheit umſtändlicher über dieſe ganze Materie handeln.

Enterbung. — Da hätten wir alſo einen Fall, wo die Beweiskraft des argumenti a contrario zu Gnaden angenommen iſt.

Nun vergleiche man dagegen andre Stellen. In der L. 29. §. 3. de inoffic. test. heißt es: quoniam femina nullum adoptare filium sine iussu principis potest, nec de inofficioso testamento eius, quam quis sibi matrem adoptivam falso esse existimabat, agere potest. Mit dem vollgültigſten Recht ſchließe ich mit mehrern Andern aus dieſen Worten, daß nach dem Recht der Pandekten die wahre Adoptiv-Mutter ihr Adoptiv-Kind nicht ohne hinlänglichen Grund enterben kann. Denn wäre nicht das ganze Raiſonnement unſinnig, wenn das Gegentheil Statt gefunden hätte? Wenn daher nicht erweislich gemacht werden kann, daß durch das Recht des Codex die L. 29. §. 3. aufgehoben iſt: ſo kann auch jetzt die fortdaurende Gültigkeit der letzten nicht in Zweifel gezogen werden [13]. Höpfner will dieß nicht

13) Faber rational. ad L. 29. §. 3. cit. glaubt, das ebengenannte Geſetz ſey durch L. 10. C. de adopt. aufgehoben. Nach dieſem Geſetz brauche der von einem Mann unvollkommen adoptirte nicht enterbt zu werden, alſo auch nicht der imperfecte adoptatus a muliere. Ich ſehe nicht ein, auf welchen Gründen dieſer Schluß beruht. Juſtinian führte die adoptio imperfecta ein, weil der Adoptiv-Vater ſeinen Adoptiv-Sohn durch Emancipation ganz erblos machen konnte. Von den Weibern war dieß nicht zu befürchten, theils, weil ihre Adoption das Familienband nicht trennt, theils, weil ſie gar nicht emancipiren können. Mithin paßt der eigentliche bekannte Grund des Geſetzes gar nicht auf die Weiber. Warum Juſtinian den Männern nicht ebenfalls die Pflicht auflegte, ihre unvollkommen adoptirten Söhne

zugeben, denn, meynt er, daraus, daß der Juriſt ſage: einer, der ohne landesherrliche Auctorität adoptirt iſt, könne die Querel nicht anſtellen, folge noch nicht, daß es einer thun könne, welcher mit Erlaubniß des Landesherrn an Kindes Statt angenommen ſey: denn das argumentum a contrario ſey in der juriſtiſchen Exegetik ſehr trüglich [14]). Was heißt hier: trüglich ſeyn? Ohne allen Nutzen; ohne Mithülfe andrer Beweiſe gar nicht zu gebrauchen? Wenn dieß iſt, ſo laßt uns nur das Capitel von der grammatiſchen Interpretation in der juriſtiſchen Hermeneutik ganz ausſtreichen. Wir ſind dann wenigſtens auf allen Fall gegen Widerſprüche und Inconſequenzen geſichert [15]).

Wer nur einigermaßen in den neueren Schriften bewandert iſt, weiß, daß die bisherigen Vorwürfe, ſo wie überhaupt der Vorwurf einer durchgängigen Inconſequenz, nicht allein, ſondern vielleicht noch am wenigſten den Höpfnerſchen Commentar treffen. Man giebt ſich zu wenig Mühe, eine ganze Materie durch eignes Nachdenken zu verarbeiten; und dann müſſen ſich freilich die Bruchſtücke paaren, wie ſie in den verſchiedenen Schriften vorgefunden werden.

---

einzuſetzen, oder zu enterben, wiſſen wir nicht. Und wie ſollten wir denn ein correctoriſches Geſetz nach einer unbekannten Raiſon ausdehnend erklären können?

14) §. 532. not. 3. S. 514.

15) Andere Beyſpiele ſ. §. 357. not. 3. S. 317. §. 858. nro. 2. S. 771.

Sechszehnte Abhandlung.

Iſt die Critik dem Practiker brauchbar?

Das Geſchäft der Critik beſteht darin, den Text der Geſetze ſo zu bilden, wie derſelbe urſprünglich bey der Promulgation des Rechts beſchaffen ſeyn ſollte. Unſre heutigen Rechtsgelehrten ſtimmen zwar einmüthig darin überein, daß der Ausleger der Geſetze, beſonders des Römiſchen Rechts, dieſes Hülfsmittels auf keine Weiſe entbehren könne; aber, ſoviel ich weiß, hat noch Niemand die Frage deutlich, beſtimmt und aus Gründen zu beantworten geſucht: welchen Gebrauch darf der Richter bey der Anwendung der Geſetze von der Critik machen [1]. Hat es practiſches Intereſſe, wenn wir das Recht mit Hülfe der Critik aufklären?

Nach der Vorſtellungsart, welche in unſern mehrſten Lehrbüchern herrſcht, muß man die Frage uneingeſchränkt bejahen. Der Richter, heißt es, ſoll die Geſetze auslegen, und ſowohl von der grammatiſchen als der logi-

1) *J. H. Boehmer.* diss. de scripturis non legibilibus. Cap. 2. (Exerc. ad P. T. IV.) hat zwar die Frage ziemlich umſtändlich abgehandelt; aber, ohne, wie mir ſcheint, von recht beſtimmten Grundſätzen auszugehen. Ich werde daher auch bey der Entwickelung meiner Ideen keine weitere Rückſicht auf die einzelnen Behauptungen deſſelben nehmen.

ſchen Auslegungskunſt Gebrauch machen. Nun aber zählt man zu jener auch die juriſtiſche Critik, mithin iſt derſelben eben dadurch eine volle practiſche Wirkſamkeit zugeſtanden [2].

Andere denken grade das Gegentheil, ſelbſt Critiker von Profeſſion. So ſagt z. B. Heineccius: alterum critici munus in emendando consistit. Hic vero primo nolim is veluti ius vitae et necis sibi arroget, et ipsum textum iuris, qualem a glossatoribus per manus traditum accepimus, suis emendationibus pro arbitrio refingat. Auctoritate publica opus esset illi, qui suspiciones suas criticas ipsi corpori iuris insertas vellet. Hanc vero potestatem nulli iureconsulto, quantumvis doctissimo, lege quadam curiata unquam datam esse novimus. Iuris Romani auctoritas, quam in foro obtinuit, a receptione dependet [3]. Eben ſo unbedingt

---

2) Beynah mit ausdrücklichen Worten erklärt ſich für dieſe Meynung *I. S. Brunquell* isagoge in universam iurisprudentiam Cap. V. de usu critices in iure §. 2. (opusc. T. II. n. XXX. p. 1094.). Im §. 1. hatte er geſagt, der Juriſt müſſe oft durch Critik den Text der Geſetze ändern. Nun fährt er fort: Quum enim, monente Celso, leges scire, non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem, praecipua sane ICti cura esse debet, ut verum legis sensum eruat; quomodo autem quis in vim ac potestatem legum, quae tamen anima illarum est, penetrabit, si ipsae leges tam obscurae atque depravatae sint, ut vix ac ne vix quidem intelligi queant?“ Wenn man aus L. 12. C. de LL. ſchließen darf, ſo würde Brunquell ſich durch dieſes Raiſonnement nicht ſehr bey Juſtinian empfohlen haben. Add. *Eckhard* herm. iur. §. 50.

3) Diss. de artis critic. utilitate in iurisprudentia. Als Praefat. zu Bynkershoek Observ. auch opusc. minor. var. argum. Amstel. 1738. p. 31.

erklären ſich viele andre gegen den practiſchen Gebrauch derſelben.

Die Frage läßt ſich meines Erachtens weder durch ja, noch nein ſchlechtweg beantworten, ſo bald man nur die verſchiedenen Fälle und möglichen Geſichtspuncte etwas näher und ſorgfältiger betrachtet. — Wir wollen nur bey dem römiſchen Recht, und zwar der Pandekten, ſtehen bleiben.

Wenn der Text eines Geſetzes in den Pandekten gebildet werden ſoll, ſo kann dieß auf zwiefache Weiſe geſchehen, entweder 1) man wählt von den verſchiedenen Lesarten verſchiedener Manuſcripte und Ausgaben die beßte; oder 2) man ändert den Text mit Hülfe der ſogenannten Conjectural-Critik. Im erſtern Fall, behaupte ich, hat die Critik ohne Einſchränkung practiſches Intereſſe. Wir haben das Römiſche Recht angenommen, ſo wie es zu den Zeiten der Gloſſatoren bekannt war, und uns in Anſehung der Pandekten nicht ausſchließlich der Lesart eines beſondern Manuſcripts, weder des Florentiniſchen, noch eines andern, unterworfen. Die Gloſſatoren unterſcheiden ihre litera Pisana und communis, ohne der einen vor der andern einen unbedingten Vorzug zu geben. Jeder hatte ſein beſonderes Manuſcript, und folgte der Lesart, welche ihm die vorzüglichſte ſchien. Der Pandekten-Text, woran man ſich gebunden hielt, exiſtirte alſo nirgend, wenn ich ſo ſagen darf, in specie, ſondern bloß im Begriff; er war ſo verſchieden, als die verſchiedenen Ueberzeugungen von dem Werth der Eigenthümlichkeiten jedes Manuſcripts. So wie man alſo zu den Zeiten der Gloſſatoren einen bloß idealen Text hatte,

und durch Gewohnheitsrecht und ausdrückliche Reichsgeſetze einen ſolchen annahm: ſo müſſen wir uns auch nicht an eine beſondere Ausgabe, oder ein beſonderes Manuſcript binden, ſondern alles prüfen und das Gute behalten. — Es iſt daher auch die tiefſte Barbarey, eine Barbarey, von welcher die erſten Bearbeiter des Rechts weit entfernt waren, und welche mit der Gültigkeit des Römiſchen Rechts, wie dieſelbe durch die Reception dieſes beſtimmt iſt, durchaus nicht beſtehen kann, wenn die mehrſten Practiker für die Gothofrediſche Recenſion wie pro aris et focis kämpfen, und außer derſelben kein Heil finden zu können glauben.

Soweit möchte nun alles wohl leicht zu entſcheiden ſeyn. Wie ſoll es aber mit den emendationibus ex ingenio gehalten werden? — Ich geſtehe es, daß mich dieſe Frage lange in nicht geringer Verlegenheit hielt. Wollen wir der Critik ohne Einſchränkung practiſchen Einfluß zugeſtehen, welcher Ungewißheit iſt dann nicht das Recht ausgeſetzt? Darf und kann man den Unterthanen an zufällige Entdeckungen binden, welche in tauſend Fällen nicht einmal zu ſeiner Wiſſenſchaft gelangen? In der That! Der geſunde Verſtand empört ſich dagegen; — und doch, wenn die Wirkſamkeit der Critik ſich nicht auf das gemeine Leben ausdehnen ſoll, wozu denn alle dieſe Zurüſtungen; warum verbannt man nicht lieber dieſe Wiſſenſchaft ganz von den Academien, da die Zeit, welche man darauf verwendet, doch weit zweckmäßiger zur Erörterung der vielen allgemein vernachläſſigten practiſchen Materien gebraucht werden könnte? Vielleicht darf

ich hoffen, durch folgende Ideen einen Ausweg aus dieſem Labyrinth gefunden zu haben.

Der Regent kann als ſolcher, das Unvernünftige wie das Vernünftige vorſchreiben, darf und wird es alſo auch nicht dulden, daß die Schrift ſeiner Geſetze des Sinns wegen auch nur im Geringſten von dem Richter und den Unterthanen verändert werde. Ich ſage nicht im Geringſten, und ſollte auch durch die bloße Umwandlung eines u in ein n der größte Unſinn in die ſchönſte Wahrheit umgeſchaffen werden können. Will der Regent dieſe oder jene kleine Aenderung dulden, ſo muß er überhaupt kleine Aenderungen zulaſſen, und dann iſt es ſchon ſo gut, als ob gar keine Geſetzgebung im Staat wäre. Welche Aenderung ſoll man denn für eine kleine halten? Z. B. wenn e an die Stelle von a geſetzt wird? Es ſcheint allerdings ſo, und doch wäre es Unſinn, dem Unterthanen auch in Anſehung ſolcher kleinen Aenderungen freye Hand zu laſſen. Wie viele Geſetze kann man nicht ganz und gar umſchaffen, wenn ſtatt et, at geſetzt wird? — Und wo ſoll denn die Grenze ſeyn, welche das Kleine von dem Großen ſcheidet? So iſt es z. B. ſehr leicht, daß bey dem Druck eines Geſetzes ein kleines Wörtchen ausgelaſſen wird. Nun gebe man dem Unterthanen das Recht, durch Einſchaltung eines kleinen Wortes den ihm fehlerhaft ſcheinenden Sinn des Geſetzes zu verbeſſern. Unſtreitig iſt dadurch beynah die ganze Rechtsverfaſſung über den Haufen geworfen. Die drey Buchſtaben non bilden auch nur ein kleines Wörtlein, und doch kann man, je nachdem dieſe drey Buchſtaben geſetzt oder weggeſtrichen werden, den Sinn eines jeden Geſetzes nach Belieben umſchaffen, wie man will. Alſo: alle auch noch ſo unbedeutenden Aenderungen bleiben ſtreng verboten, und dieß um ſo mehr, da die Untertha-

nen, wenn ſie zweifeln, ſtets ihre letzte Zuflucht zur authentiſchen Interpretation des Regenten nehmen können. Wenn ſich daher die Critik des Römiſchen Rechts damit beſchäftigt, die angeblich vom Tribonian und von den Schreibern der Manuſcripte falſch überſetzten Abkürzungen aufzufinden; ein Wort mit einem andern gleichtönenden zu vertauſchen; Buchſtaben und Wörter zu verſetzen, einzuſchieben, oder wegzuwerfen u. ſ. w., ſo hat der Practiker, als ſolcher, keinen Gewinn davon.

Gleichwie der Geſetzgeber keine Aenderungen erlauben darf, ſo muß er auf der andern Seite verlangen, daß man ſich die Mühe gebe, ſeine Schriftſprache zu verſtehen, zumal wenn dieſe nicht ungewöhnlich und unverſtändlich iſt. Werden daher in den Abſchriften und Nachdrücken, welche Privatperſonen von den Geſetzen machen, durch falſche Auslegung jener Schriftſprache Fehler aufgenommen: ſo kann der Unterthan dieſe Fehler nicht zu ſeinem Vortheil gebrauchen, ſo wenig als er Entſchuldigung verdient, wenn er überhaupt die Schriftſprache des Geſetzgebers nicht auszulegen verſteht. Dieſe Grundſätze auf die Pandekten (und was von dieſen gilt, gilt überhaupt vom Römiſchen Recht) angewandt, ſo ergeben ſich folgende Reſultate.

1) In dem Florentiniſchen Mſpt ſind weder Interpunctionen, noch Paragraphen, noch Abſätze, ſondern faſt alles iſt uno tenore, Buchſtabe an Buchſtaben, Wort an Wort, ohne Trennung und Zwiſchenräume geſchrieben. In den mſptis vulgatis ſind, weil keines derſelben bis zum 7ten Jahrhundert hinaufreicht, zwar vielfach Interpunctionen, aber noch unvollſtändig, ſo daß man oft in langen, zuſammengeſetzten Perioden (ſelbſt in Mſpten aus dem 12ten, 13ten Jahrhundert) kaum ein einziges Trennungszeichen antrifft. Die Abtheilungen in

§§. finden ſich ebenfalls im Ganzen nicht darin. Bekanntlich ſind durch falſche Interpunctionen, durch irriges Trennen und Verbinden zuſammengehöriger und nicht zuſammengehöriger Buchſtaben, Wörter und Paragraphen viele Fehler in die gedruckten Ausgaben eingeſchlichen. Dieſe kann und muß der Practiker verbeſſern. Wir haben nicht die Editionen recipirt, ſondern das Recht, wie es zur Zeit der Reception in den Manuſcripten vorhanden war. Damals befand ſich der Deutſche in eben der Lage, in welcher ſich der Römer befand, als Juſtinian die Pandekten bekannt machte. In dieſen ſtand auch alles uno tenore. Der Bürger war alſo verpflichtet, ſich im Leſen zu üben, und die Schriftſprache kennen zu lernen. Traf es ſich, daß in gewiſſen Fällen die Sache nach dem Buchſtaben, je nachdem man ſo oder ſo verband und trennte, zweifelhaft war: ſo mußte er natürlich dieſe Zweydeutigkeit durch den geſunden Menſchenverſtand zu heben ſuchen: wie bey jeder Ambiguität die beſſere, der Sache angemeſſenſte, vernünftigere Meynung vorziehen. Dieß ſind freilich Inconvenienzen, aber ſie ſind unvermeidlich, ſolange die Sprache und die Schrift nicht den höchſten Grad der Vollkommenheit erreicht haben. Man denke nur an die vielen Wörter, welche gleichgeltende Bedeutungen haben. Ob dieſe oder jene derſelben angenommen werden ſoll, zeigt allein der Zuſammenhang an, und wenn ſich aus dieſem nichts ſchließen läßt, ſo entſcheiden die Natur der Sache, Vernunft und Billigkeit. Dieß ſind anerkannte Rechtsgrundſätze, und es iſt mithin der Analogie des Rechts vollkommen angemeſſen, wenn man den Unterthanen verpflichtet, die Schriftſprache wie die Wortbedeutungen zu erlernen, und die aus jener entſpringenden Zweydeutigkeiten eben ſo, wie die der letzten, aus dem Wege zu räumen.

So wenig demnach der Römiſche Bürger ſich dadurch rechtfertigen konnte, daß er die Pandekten falſch abgeſchrieben hatte, eben ſo wenig verdient der practiſche Juriſt gegenwärtig Entſchuldigung, wenn er blindlings den Irrthümern der Editoren und Drucker folgt. Kein Gewohnheitsrecht, kein Reichsſchluß hat dieſe Irrthümer zu Geſetzen erhoben. Wir haben ein freyes Urtheil, wie jene, und ſind als Ausleger der Geſetze nicht allein berechtigt, ſondern ſogar verpflichtet, die Schritte der Editoren zu controlliren, uns gegen ihre Irrthümer zu verwahren, zu verbeſſern und zu vollenden, was ſie verdorben haben und unvollendet ließen. Alſo: wenn der Sinn eines Geſetzes durch veränderte Interpunctionen, durch Trennen oder Verbinden mehrerer Buchſtaben, Wörter und Abſätze verbeſſert werden kann: ſo iſt das Reſultat der Critik in allen dieſen Fällen nicht bloß theoretiſch, ſondern im eigentlichen Verſtande practiſch.

2) Nach eben dieſen Grundſätzen behaupte ich gleichfalls, daß, wenn die verba relativa in den Ausgaben wie verba decisiva gedruckt ſind, kein Practiker an dieſe Irrthümer gebunden iſt, ſondern daß jeder, wenn es der Sinn erfordert, dieſe in jene umſchaffen kann, und umgekehrt. In den Manuſcripten, ſelbſt im Florentiniſchen Manuſcript, iſt alles mit gleichen Buchſtaben geſchrieben, mithin iſt es allein das Geſchäft der Urtheilskraft, zu beſtimmen, welche Worte für relativa oder decisiva gehalten, und als ſolche hätten gedruckt werden müſſen.

3) Bekanntlich fehlen im Florentiniſchen Manuſcript die Aſpirationen, und einzelne Buchſtaben werden darin durchgehends, wie in den übrigen Manuſcripten, mit andern vertauſcht. So ferne alle dieſe Beſonderheiten nicht Irrthümer der Abſchreiber, ſondern Eigenthümlichkeiten der damaligen Schreibart ſind: in ſo ferne muß

der Practiker durchaus Gebrauch von den Reſultaten machen, welche die Critik hieraus zieht.

4) In allen Manuſcripten finden ſich die ſogenannten Notae, Siglae, Abbreviaturen, Monogrammata, Contignationes literarum und Geminationes in Menge. In dem Florentiniſchen Manuſcript ſind wenigſtens die letzten in großer Zahl. Weil uns dieſe Abkürzungen nicht mehr geläufig ſind, ſo hat man ſie in den gedruckten Ausgaben verworfen, und entweder die abgekürzten Worte vollſtändig gedruckt, oder wenigſtens bemerklich gemacht, daß hier eine Abkürzung verborgen liege. Es iſt hiedurch viel Gutes bewirkt, aber auch nicht wenig geſchadet. Die Editoren haben viele Abkürzungen überſehen, und eben dadurch implicite in ihren Ausgaben viele Irrthümer vertheidigt. Das Publicum iſt durch die ihm dargebotenen Vorarbeiten träg geworden, und hat ganz die Kunſt verlernt, die Abkürzungen der Alten zu entziffern. Allein alle dieſe Umſtände gereichen dem Practiker nicht zum Vortheil. Wer hat es ihm zur Pflicht gemacht, hinter den Editoren ſtehen zu bleiben, hinter Menſchen, welche größtentheils namenlos ſind, und ihrem Geſchäft ſelten gewachſen waren? Man muß nur immer, um ſich von dieſem allen recht lebendig zu überzeugen, daran denken, daß wir das Recht recipirt haben, wie uns die Manuſcripte daſſelbe darſtellen. Wird eine Urkunde zum Geſetz gemacht, ſo müſſen die Schriftzüge derſelben nach den Grundſätzen erklärt werden, nach welchen man dieſelben zur Zeit der Verfertigung des Documents würde ausgelegt haben. Wir hätten alſo die Diplomatik mehr ſtudiren, uns das Verſtehen der Abkürzungen geläufiger machen, nicht aber dieſe Wiſſenſchaft ganz ausſterben laſſen ſollen. — Die Römer verſtanden gewiß ihre Siglas ſo gut, wie wir unſer u. ſ. w., und mußten ſie verſtehen,

weil die öffentlichen Anſchläge damit beynah überladen waren. Laßt uns alſo deßgleichen thun. Wer ſich von dieſer Pflicht befreyen will, mag es verſuchen; aber, wenn er den Vorwurf der Trägheit und Willkühr vermeiden will, ſo beweiſe er zuvörderſt, daß die Editoren privilegirte Ausleger der Manuſcripte waren. Ohne dieſen Beweis iſt kein rechtmäßiger Ausweg in das Land der Ruhe und Bequemlichkeit.

Das Reſultat aus dieſem allen iſt alſo: jede Veränderung, welche mit Hülfe der Critik gegen die Lesarten der vorhandenen Manuſcripte gemacht wird, iſt bey der Anwendung des Rechts unbrauchbar. Wenn hingegen die Critik aus vorhandenen Varianten einen vollkommenen Text bildet, oder die Fehler der Ausgaben durch richtige Auslegung der Schriftzüge der Manuſcripte verbeſſert: ſo iſt der Practiker allerdings verbunden, dieſe Entdeckungen uneingeſchränkt zu benutzen.

Hienach würde denn auch der gewöhnliche Satz, daß der Juriſt mehr wie irgend ein anderer, und vorzugsweiſe verbunden ſey, von dem Hülfsmittel der Critik nur in der höchſten Noth Gebrauch zu machen, weder, wie bisher, als Grundſatz der juriſtiſchen Conjectural-Critik überhaupt, noch als eigenthümlicher Grundſatz eines Theils derſelben beſtehen können. In wie fern ſich die Critik damit beſchäftigt, die Fehler der Manuſcripte, welche ſich aus dieſen in die gedruckten Ausgaben fortpflanzten, zu verbeſſern, in ſo fern iſt ſie ohne allen practiſchen Nutzen. Es iſt mithin auch gar nicht abzuſehen, warum der Juriſt in engere Grenzen eingeſchloſſen ſeyn ſollte, als z. B. die Editoren der alten Claſſiker. Alle müſſen von dem Grundſatz ausgehen: wir dürfen uns nur dann der Critik bedienen, wenn es ſich mit Gewißheit oder der höchſten Wahrſcheinlichkeit behaupten läßt, daß eine ge-

gebene Stelle in ihrer jetzigen Form nicht von ihrem Verfaſſer herrühren kann. Einen weiteren Wirkungskreis hat kein Critiker, (welcher nicht etwa in den Text hinein emendiren will, was der Verfaſſer, als Muſter der Vollkommenheit, hätte ſagen ſollen) ſo wenig als den Juriſten ein noch beſchränkterer Wirkungskreis angewieſen werden kann. — Ganz anders aber verhält es ſich mit dem andern Theil der Conjectural-Critik, welcher ſich auf die Verbeſſerung der eigenthümlichen Mängel der Abdrücke bezieht. Hier iſt die Critik ohne Zwang und Banden, und kann eben die freye ungehinderte Wirkſamkeit verlangen, welche man überhaupt der grammatiſchen Auslegungskunſt einräumt. Denn es iſt dabey niemals die Rede vom Verändern, ſondern die Frage iſt ſtets: wie ſollen wir die Schriftzüge der Manuſcripte verſtehen, wie aus zweydeutigen Schriftzügen den wahren Sinn herausfinden? Will man hier die Critik nicht gebrauchen, ſo hat man gar nichts, während dort etwas gewiſſes gegeben iſt, was durch Vermuthungen und Schlüſſe wieder weggeſchafft werden ſoll. Man hat dieß auch ſchon in einzelnen Fällen, z. B. bey der Lehre von den Interpunctionen recht gut gefühlt; nur hätte man, ſtatt einzelne Ausnahmen zu machen, lieber den ganzen Grundſatz über den Haufen werfen, und denſelben in einer beſchränkten Form zum Grundſatz der vorhin genannten einzelnen Art der Conjectural-Critik herabſetzen ſollen.

Nimmt man dieſe Ideen an, ſo leuchtet es von ſelbſt ein, daß es wohl der Mühe werth wäre, die Critik in einer neuen Geſtalt darzuſtellen, und mehr Ordnung, Haltung und Einheit in das Ganze zu bringen. Wenn man nämlich die Critik in ihrem ganzen Umfange ſyſtematiſch vortragen wollte, ſo müßte dieſelbe zuvörderſt in zwey Haupttheile abgeſondert werden, 1) in die Lehre von der Bildung des

Textes aus gegebenen Varianten, und 2) in die Lehre von der Verbeſſerung der Manuſcripte und Ausgaben durch Conjecturen. In dem erſten würde dann das Verhältniß der Manuſcripte zu einander, das Eigenthümliche und Vorzügliche eines jeden derſelben, u. ſ. w. zu erörtern ſeyn. Der zweyte Theil zerfiele natürlich wieder in zwey andere Theile, nämlich in die Lehre von der Critik der Manuſcripte, und in die Lehre von der Critik der Ausgaben, und in jedem würden denn die eigenthümlichen Grundſätze deſſelben auseinandergeſetzt. Die Darſtellung des Ganzen würde auf dieſe Weiſe weit lichtvoller und bündiger werden, die halbwahren Grundſätze würden verſchwinden, und der Practiker wäre dadurch, daß ihm eine reine Ausbeute unvermiſcht dargeboten wird, auf der einen Seite zu dem Studio der Critik angelockt, ſo wie auf der andern Seite gegen Verwirrung der Begriffe, und gegen Willkühr in Sicherheit geſetzt.

Zuſatz.

Gegen die obige Abhandlung iſt Feuerbach (*a*) mit einer andern aufgetreten, wogegen ich mich nachher wieder vertheidigte (*b*), indem ich von meinen früheren Ideen in ſo fern abwich, als ich zu beweiſen ſuchte, die beſſernde Critik ſey dann erlaubt, wenn bewieſen werden könne, daß der Geſetzgeber nicht dieß, ſondern jenes geſagt haben wolle. So ungefähr denkt jetzt auch Hufeland (*c*), und deſſelben Glaubens bin ich denn auch bis dieſen Augenblick immer geblieben.

(*a*) Civiliſt. Abh. 1. B. n. 3.

(*b*) Theorie d. log. Ausl. 2. Aufl. S. 180—190.

(*c*) Ueber den eigenthüml. Geiſt des R. R. 1. B. S. 70—81.

(Ende des erſten Bandes.)

Thibaut, Anton Friedrich Justus,

Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts

Bd.: 1

Jena 1817

Jur.opp. 63 d-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571442-5